



FRANQUICIA Y LIBRE COMPETENCIA

por Ernest George Kaplan

La franquicia comercial (según su traducción al castellano) o franchising, como se la conoce en el derecho comparado, es un contrato en virtud del cual se establece una relación de cooperación con ánimo de permanencia, por el que una de las partes denominada franquiciante, franchisor u otorgante, titular de un nombre comercial y de un producto o servicio exitoso comercialmente identificado, contrata con la otra llamada franquiciado, franchisee o tomador los derechos y obligaciones para comercializar dichos bienes o servicios haciéndolo con la marca, imagen comercial y métodos operativos de la primera. El tomador como contraprestación deberá abonar una suma inicial de ingreso o entrada (canon), y otra periódica preestablecida durante la vigencia del contrato (royalty).

La relación jurídica a que nos referimos vincula al titular del negocio acreditado y exitoso (franquiciante), que pretende extender su operación a uno o varios franquiciados, a los que autoriza durante la relación contractual al uso del nombre comercial y la marca del producto o servicio, así como el know how del negocio.

Este contrato se encuentra subsumido en el género de los contratos de distribución comercial. En este contrato en particular se define una mayor interdependencia entre las partes y la idea de subordinación (por parte del franquiciado), es más marcada. Pese a que el contrato se establece entre empresas autónomas, la relación es piramidal entre el franquiciante y los distintos franquiciados. El franquiciante licencia el uso de nombre y marcas, presta asistencia técnica para la instalación, e instrucción precisa para operar el modelo de acuerdo a métodos establecidos, de los que el franquiciado no deberá apartarse bajo pena de hallarse incurso en incumplimiento.

El contrato de franquicia se expresa en dos formas fundamentales:



- *Product franchising*, en el cual el franquiciante tiene mayor autonomía, pues se encarga de distribuir en forma semiexclusiva un producto elaborado por el franquiciado, realizando la comercialización bajo su nombre o marca.
- *Business format franchising* -- o franquicia propiamente dicha-- en la que se concede el know how de un negocio exitoso, transmitiéndose al franquiciante esquemas completos de actuación hasta en sus menores detalles, los que procurará reproducir el franquiciante.

El consumidor no puede distinguir si el bien o servicio provienen del franquiciante o de uno u otro franquiciado; es más, el consumidor, en principio no suele tener interés en o conocimiento de la figura contractual a que nos referimos, sino que pretende que la prestación o producto a recibir sean idénticos. La actuación debe ajustarse a normas e instrucciones estrictas y el control y supervisión son exigentes y permanentes. El franquiciado explota un negocio ajeno cuyo prestigio debe mantener incólume.

Las ventajas para el franquiciante son las de aprovechar esa creación ajena que ya ha probado ser exitosa en la práctica, lo que trae aparejada una ostensible disminución del riesgo empresarial. El interés del franquiciado es potenciar su negocio contando con la inversión de terceros, que llevan el nombre y el producto a una escala de otra forma inalcanzable, conservando el control y la supervisión de su operatoria, lo que podría permitirle extenderlo a zonas del mismo país o incluso internacionalmente. Farina (FARINA, J. M., Contratos..., cit., nro. 311, pág. 450, nota 123) transcribe una definición de este negocio jurídico, en virtud del cual: "El franchising es un sistema de distribución comercial llevado a cabo por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba la transmisión de un know how, la licencia y uso de una marca, asistencia técnica y contable bajo control del otorgante y de conformidad con un método preestablecido por él en contraprestación de lo cual el franchisee paga un canon y otras prestaciones adicionales".

Esta modalidad de contratación comienza en los Estados Unidos con la Singer Sewing Machines Co. en 1850, destacándose posteriormente con las empresas



petroleras y sus estaciones de servicio, la segmentación entre las terminales automotrices y sus "distribuidoras", o entre fabricantes de bebidas gaseosas y sus comercializadoras, los sistemas hoteleros, de Howard Johnson, Holliday Inn o Sheraton; o los sistemas de comidas de Mac Donald's, Burger King o Kentucky Fried Chicken. Hoy se realiza por este medio una proporción cada vez mayor de la comercialización de productos y servicios. Guyenot, (GUYENOT, Jean, "Qué es el franchising", en Breviarios de Derecho, Ejea, Buenos Aires, 1972) para quien la franquicia no sería otra cosa que una forma o especie de concesión comercial, calificada con nombre propio pero sin autonomía jurídica, define este contrato como "concesiones de una marca de productos o servicios a la que se añade la concesión de un conjunto de métodos y medios propios, para que la empresa concesionaria asegure la explotación racional de la concesión administrando la empresa en condiciones tales que permitan alcanzar la mejor rentabilidad para el concedente y concesionario".

Este contrato originado en el derecho comparado llega a nuestro país a principios de la década de 1980 --la firma que más se destacó en tal sentido ha sido "Mc Donald's"-- y hoy se aplica en infinidad de casos.

De este modo, el funcionamiento de la relación de franquicia tiene todo un halo de complejidad que hace que quién se pretenda relacionar con ella entre en contacto con un complicado mecanismo que pone en juego diversas facetas y dificultades, entre las cuales se destaca el ámbito regulado por las leyes contra el monopolio y de defensa de la competencia.

Así, existe una aparente contradicción entre el instrumento contractual que necesariamente debe acotar los derechos y deberes de las partes, frente a leyes y principios que consideran disvaliosas o castigan prácticas monopólicas de distribución de los mercados o de manipulación de los mismos. Por ello, habrá que establecer si determinadas obligaciones --esenciales en este tipo de contratos-- pueden ser consideradas contrarias a los principios reglados por la ley de defensa de la competencia o --en caso de situaciones no regladas-- discriminatorias o abusivas.



Debemos entonces determinar qué cláusulas pueden tener la virtualidad de encerrar al franquiciado en conductas monopólicas, desleales o dominantes, con repercusión en el público consumidor.

Antes de incursionar más profundamente en el tema, podemos efectuar la distinción apriorística entre situaciones regladas jurídicamente como la protección de la libre competencia –amparada por la ley 22.262, que define las conductas sancionables en salvaguarda de la competencia-- y la materia definida como concurrencia desleal --problema que adolece de tratamiento legislativo--, y en este último caso, el análisis de los límites de la competencia durante la vigencia del contrato y la obligación post contractual de no competir con el franquiciante.

La primera deviene de la exclusividad en el aprovisionamiento de los bienes, el franquiciado se obliga, a fin de mantener los estándares de calidad, a adquirir los bienes del franquiciante o del proveedor que éste designe. Por tanto, no podrá adquirir o vender otros bienes que compitan o desnaturalicen el negocio franquiciado.

La obligación post contractual de no competencia nace de la necesidad del franquiciante de evitar que la persona a la cual ha capacitado, compita con ella en igualdad de condiciones, lo cual significaría pérdida de ventaja competitiva.

Kleidermacher (Kleidermacher Jaime L. "Franchising. Aspectos Económicos y Jurídicos" – Abeledo Perrot) señala al respecto: «... su origen se centra en evitar que el franquiciado durante un lapso dado usufructúe gratuitamente los beneficios residuales que surgen de la clientela de su zona».

El franquiciado se obliga, en virtud de esta cláusula, a no competir con el franquiciante, una vez concluido el contrato, por un plazo determinado, en un territorio específico y en la misma actividad comercial.

Sin embargo, debemos considerar que dadas las características de la franquicia -- los contratos tienen una duración muy extensa-- podría ocurrir que el franquiciado no estuviera dispuesto a dejar de realizar una actividad empresarial con la cual ha



obtenido éxito, aún cuando deje de utilizar los conocimientos técnicos secretos o los signos distintivos del franquiciante.

La legislación extranjera reconoce la necesidad de impedir que el ex franquiciado compita con el franquiciante por un plazo determinado, el Reglamento de la Comunidad Europea 4087/88 señala un plazo máximo de un año, en Bélgica se limita a dos años.

La Guía de la OMPI dice: «El licenciante de la franquicia debe tener la oportunidad de formar a un nuevo licenciario de franquicia y darle un plazo razonable para que se establezca comercialmente».

La doctrina considera saludable para la franquicia, el establecimiento de esta cláusula puesto que fomenta la investigación y el desarrollo de nuevos procedimientos; por el contrario, de no aceptarse, el franquiciante no tendría ningún incentivo para desarrollar nuevas tecnologías y conceptos, por cuanto el franquiciado se beneficiaría de ellos al término del contrato.

Tomando en cuenta la distinción efectuada supra, pasaremos a tratar la obligación de no competir durante la vigencia del contrato.

La legislación antimonopólica y de defensa de la competencia es una de las ramas del derecho más desarrolladas en el mundo industrializado de las últimas décadas. Si bien reconoce su origen en los Estados Unidos, luego de la formación del Mercado Común Europeo tuvo un gran desarrollo en la mayoría de los países de Europa Occidental. La elaboración de códigos de conducta aplicables a la actuación de empresas multinacionales, a la transferencia internacional de tecnología y a las prácticas restrictivas en general, en el marco de la UNCTAD ha abierto una nueva etapa en la que el derecho antimonopólico o ciertos aspectos del mismo se extienden en forma creciente a los países en vías de desarrollo.

La legislación antitrust o de competencia desleal tiene una influencia directa en las relaciones emergentes del contrato de franquicia; estas normas varían de un país a otro, y deben ser tenidas en cuenta en las relaciones internacionales generadas por



los contratos de franquicia. Así, en el marco de la Comunidad Europea, esta materia se halla reglada por las normas de la ley de competencia de la Comunidad.

En nuestro derecho interno, la materia se halla regulada por la ley 22.262, de defensa de la competencia y sus decretos modificatorios: 157/81, 787/82, 1118/86. Al respecto podemos anticipar que esta normativa ha tenido poca acogida, por lo que no son muchos los precedentes judiciales.

El artículo 1º de nuestra ley de defensa de la competencia prohíbe dos categorías de actos: "los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia" y aquellos "que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado, de modo que puedan resultar perjuicio para el interés económico general".

Uno de los conflictos que signan esta materia --y su peculiar vínculo con la franquicia-- está dado por la relación entre las normas protectoras de la libre competencia y las que regulan los derechos de propiedad industrial. Así podemos vislumbrar el conflicto entre normas jurídicas protectoras de la propiedad industrial con las que protegen la plena competencia en los mercados.

Podríamos decir que las leyes de patentes, marcas y derechos de propiedad industrial otorgan monopolios --sobre el derecho protegido-- desde el punto de vista jurídico. Por otra parte, las principales leyes antimonopólicas preconizan el principio de que el libre ejercicio de derechos de propiedad industrial es lícito en tanto no impliquen la instauración de un monopolio, extensión del poder de mercado o exclusividad, derivados de tales derechos a actividades o materias no protegidas por la legislación que da origen a tales derechos --Doctrina emergente del fallo de la Corte de Justicia Europea "Centrafarm BV c/Sterling Drug Inc." - European Court Reports, 1974-1147.

Así, en el art. 5º de nuestra ley de defensa de la competencia, se excluye la prohibición general dispuesta en el artículo 1º de la misma a los actos y conductas que se atengan a normas generales o particulares o a disposiciones administrativas dictadas en virtud de aquéllas. Interpretada esta disposición a la luz de la exposición de motivos, resulta que uno de los principales objetivos de dicho



precepto es compatibilizar normas que regulan la propiedad industrial con la ley de defensa de la competencia.

Dado que los contratos de distribución son contratos --verticales-- entre empresarios, la interpretación del artículo 1º de la ley de defensa de la competencia respecto de los mismos, no podría ser otra que la de su prohibición. Sin embargo, esta regla viene ampliamente exceptuada debido a la importancia de otros intereses --como los de los consumidores y los del mercado--.

En la legislación española de defensa de la competencia, estas excepciones se articulan a través de dos sistemas: el de autorización singular y el de exención por categorías de acuerdos --modelos de contratos en los que se sobreentiende que la competencia se conculca justificadamente. Esta legislación contempla cuatro acuerdos posibles (de distribución exclusiva, de compra exclusiva, de distribución y servicio de venta de vehículos automóviles y de franquicia) analizándose la legalidad de ciertas cláusulas que pueden ser incluidas.

Sin embargo, la legislación comunitaria --en el caso que nos ocupa, tanto el Reglamento Comunitario 4087/88, relativo a la aplicación del art. 81.3 del Tratado de la Comunidad Europea a categorías de acuerdos de franquicia como el Reglamento Comunitario 2790/1999, sobre restricciones verticales-- condicionan la legislación de los estados miembros --España, por caso-- e imponen ciertos criterios pétreos que no pueden ser dejados de lado, como por ejemplo la prohibición de fijar precios por parte del franquiciante, pudiendo sólo efectuar "recomendaciones" o meras listas indicativas de precios sugeridos.

En efecto, el tema se ha planteado y ha dado lugar a un reciente plenario del Tribunal de Defensa de la Competencia de España (DIASA, resolución sobre prácticas prohibidas, expte. Nº541/02, Tribunal de Defensa de la Competencia de España, en pleno, 18.6.2003, en Revista Electrónica de Derecho Comercial, www.derecho-comercial.com).

En el caso, una serie de franquiciados de DIASA --Distribuidora Internacional de Alimentación Sociedad Anónima-- denunció al franquiciante por presuntas prácticas contrarias a la ley de defensa de la competencia, consistentes en fijar a los



franquiciados los precios de venta al público de los productos que les suministraban, los que serían superiores a los establecidos en sus propios establecimientos, compitiendo así, deslealmente con ellos. Independientemente de haberse resuelto que la infracción no resultó acreditada, lo interesante es la apreciación vertida por el Tribunal al tratar el tema de fondo. Así, el Tribunal ha dicho que "ha de comenzarse indicando que la fijación vertical de precios a distribuidores que revenden a los consumidores finales constituye una de las más graves infracciones de la normativa de defensa de la libre competencia, encontrándose prohibida tanto por la normativa comunitaria, como por nuestra Ley. En efecto, cuando se trata de contratos de franquicia, en ningún caso el franquiciador puede imponer y fijar al franquiciado el precio de venta al público de los productos objeto de la franquicia y, ello, cualquiera que sea la normativa que se aplique (...)

Retornando a nuestra legislación, el artículo 41 inc. "e" de nuestra ley de defensa de la competencia incluye entre las conductas punibles con las sanciones prescritas por su art. 42, no solamente las divisiones de mercados producidas por acuerdos suscritos entre los competidores mismos --distribución horizontal del mercado-- sino también los casos en que un tercero procede a instrumentar una división de mercados suscribiendo convenios o acordando informalmente la abstención de operar con determinados productos, clientes o territorios --denominado por la doctrina "división de mercados instrumentada por terceros".

Objetivando el último caso: Un franquiciado se compromete a no vender fuera de determinado mercado territorial, como condición para operar con cierto fabricante. Debemos aclarar, que la concertación de estos convenios no es condición suficiente, por sí sola para configurar una infracción, siendo necesario que produzca en el mercado los efectos definidos por el art. 1º de la ley. Por lo expuesto, podemos afirmar que la disposición del art. 41 no es aplicable *per se* a la franquicia. En otras palabras, sólo son ilegales en la medida en que afecten el interés económico general. De este modo, una misma conducta sería punible en determinadas circunstancias y no en otras.

En los Estados Unidos, este tipo de divisiones es considerado una categoría jurídica distinta de las divisiones horizontales de los mercados, formando parte de las



restricciones verticales de la competencia, estando excluidas de las prohibiciones que pesan *per se* sobre las distribuciones horizontales de los mercados.

Así podemos decir que los tribunales de los Estados Unidos son quienes crearon la regla de la ilegalidad *per se* de ciertas restricciones por considerarlas en si mismas anticompetitivas. Así la antijuridicidad se encontraba tipificada por conductas que generaran división de mercados, acuerdos sobre precios y cláusulas atadas – enumeración no taxativa--, sin atenuante alguno.

En el caso *Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States* (1911, 221 US 1) la Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó la llamada regla de la razonabilidad (rule of reason), al sostener que sólo debían castigarse las restricciones indebidas al comercio, discriminando entre restricciones que tienen calidad ofensiva de las que no la tienen. De este modo se estaría juzgando si una práctica particular restringe la competencia en modo debido o ilegítimamente.

La consagración de la regla de la razonabilidad se presenta en el caso *Board of Trade of City of Chicago v. United States* (1918, 246 Us 231), en donde la Suprema Corte sostuvo que la legalidad de un acuerdo por regulación no puede determinarse analizando simplemente si el mismo restringe o no la competencia. Todo acuerdo en el marco contractual del comercio y aun toda regulación del comercio la restringe, en algún grado. El obligar, el restringir, hace a su esencia. El verdadero test de legalidad radica en analizar si la restricción impuesta es tal que sólo regula y tal vez así promueve la competencia, o si, en cambio, es tal que la suprime o destruye. Para determinar esa cuestión la Corte debe ordinariamente considerar los hechos peculiares del negocio.

En el ámbito europeo, las divisiones de mercados impuestas por un productor sobre sus distribuidores han merecido especial consideración, debido a que, pese a ser susceptibles de reunir las condiciones justificatorias previstas por el art. 85, inc. 3 del Tratado de Roma, podrían ser utilizadas para compartimentar el Mercado Común creado por ese Tratado, frustrando así el propósito mismo de éste.



En definitiva este tipo de actuaciones resultan incompatibles con el mercado común y conforme al art. 85 del Tratado de la Unión quedan prohibidos los siguientes comportamientos :

- Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta y otras condiciones de transacción.
- Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.
- Repartirse los mercados o las fuentes de aprovisionamiento.
- Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
- Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

Como ejemplos de esas actividades prohibidas por el art. 85, y que cualquier empresa afectada puede denunciar, cabe citar la fijación de precios o de cuotas de reparto del mercado entre competidores. Estas prohibiciones afectan tanto a los acuerdos *horizontales* como a los *verticales*. Los primeros se refieren a empresas situadas en el mismo plano de actividad comercial (empresas competidoras), mientras que los segundos atañen a las fases de comercialización y distribución de un mismo producto.

Lo determinante para que este tipo de acuerdos entre empresas sean considerados nulos es que tengan un efecto significativo sobre la competencia en los mercados y, muy especialmente, sobre el comercio entre Estados miembros. Por ello y dado que pueden existir acuerdos de importancia menor, se excluyen de la prohibición recogida en el art. 85 aquellos acuerdos entre empresas, autorizados por la Comisión Europea, tras la correspondiente notificación por parte de las empresas involucradas.

Normalmente se consideran acuerdos menores aquellos que afectan a una cuota de mercado inferior al 5 %, o cuyo volumen de negocios efectuado no supera los 200 millones de ecus.

Tampoco van contra la política de la competencia los acuerdos expresamente incluidos en las *Declaraciones Negativas* publicadas por la Comisión, que pueden



ser individuales (cuando se conceden en casos concretos, previa notificación), o globales (si se conceden para un conjunto de actividades).

Existen otras excepciones a la política de competencia recogidas en los Reglamentos de exención por categorías; en concreto cabe señalar los Reglamentos 1983/83/CEE y 1984/83/CEE, de 22 de junio, relativos respectivamente a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva y a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva. También es preciso señalar el Reglamento 1475/95, de 28 de junio, relativo a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles.

El origen de éstos se encuentra en las Declaraciones de los Tribunales nacionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asumiendo que los efectos negativos de un determinado acuerdo entre empresas son menores que el conjunto de efectos positivos que genera. Así se han autorizado exenciones por categorías, o excepciones como:

- Excepción a los acuerdos que mejoran la producción, la distribución o el progreso técnico. Es decir, que se traducen en una reducción de costos (o un incremento de producción beneficioso para la economía europea)
- Excepción si se reserva a los consumidores una parte equitativa de las ventajas que proporcione el acuerdo (reducciones de precios y/o mejoras en calidad).
- Excepción si el acuerdo se establece por un periodo concreto y un alcance sectorial limitado a lo estrictamente necesario para conseguir los aspectos antes señalados.

En concreto, hasta ahora se han concedido acuerdos de especialización, de distribución en exclusiva, de compra en exclusiva, de licencia de patentes, de I+D – investigación y desarrollo--, de distribución en el sector del automóvil, de franquicias y de licencias de *know-how*.



Las empresas pueden acogerse a estas excepciones notificándolo a la Comisión Europea y presentando la documentación requerida. Si se incumple la autorización de la Comisión, ésta puede llegar a imponer sanciones de hasta un millón de ecus o de hasta el 10% del volumen anual de negocios de la empresa en cuestión.

En cuanto a las normas de libre competencia en España cabe destacar el Real Decreto 157/92, de 21 de febrero, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.1.a) de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Se otorga una exención por categorías a los siguientes supuestos:

- Acuerdos de distribución exclusiva en los que una parte se compromete con la otra a entregarle únicamente a ella determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte del mercado Nacional, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE nº 1983/83.
- Acuerdos de distribución y servicio de venta y de posventa de vehículos, siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el Reglamento CCE nº 123/85.

En la esfera de la CCE la manipulación de los mercados por parte de los productores, estableciendo restricciones que pudieran traer aparejado el fraccionamiento del mercado común, neutralizando los fines últimos tenidos en vista por el tratado que lo creó, ha dado lugar a pronunciamientos específicos sobre este aspecto.

De este modo, en el caso "Consten-Grundig" --EEC Commission, European Court Reports, 1966-299-- se sentaron las reglas fundamentales en este campo: la Corte de Justicia de la Comunidad consideró que, al eliminarse la competencia entre distribuidores y al crearse mercados nacionales separados dentro del territorio del Mercado Común se producía una distorsión de la competencia, que no podía ser justificada sobre la base de posibles factores favorables.

Es paradigmático en esta materia el caso "Pronuptia de Paris GmbH, Franckfurt au Main c/Pronuptia de Paris Irmgarde Schillgallis, Hamburg" del 28 de enero de 1986,



en el cual la Corte de la Comunidad Europea fue llamada a decidir sobre la interpretación del art. 85 del Tratado de Roma, y del Reglamento 67/67 del 22 de marzo de 1967 dictado por la Comisión de las Comunidades Europeas, concerniente a la aplicación del art. 85, párrafo 3º, del Tratado a ciertas categorías de contratos de exclusividad. En este caso particular estaba en discusión una franquicia de distribución.

Marzorati (Marzorati, Osvaldo J., "Sistemas de Distribución Comercial" – Astrea – 1992, pág. 256) resume las conclusiones de la Corte del siguiente modo:

- La compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el art. 85 - 1º, depende de las cláusulas que contienen dichos contratos y del contexto económico en el cual se insertan.
- Las cláusulas que son indispensables para impedir que el know-how transmitido y la asistencia aportada por el franquiciante aprovechen a los competidores, no constituyen restricciones de la competencia en el sentido del art. 85 - 1º.
- Las cláusulas que organizan el control indispensable para la preservación de la identidad y de la reputación de la red que está simbolizada por la enseña, no constituyen tampoco restricciones a la competencia en el sentido del art. 85 - 1º.
- Las cláusulas que implican una división de los mercados entre franquiciante y franquiciado o entre franquiciados, constituyen restricciones a la competencia en el sentido del art. 85 - 1º.
- La comunicación al franquiciado por parte del franquiciante de los precios indicativos no constituye una restricción a la competencia, en tanto no haya entre franquiciado y franquiciante ni entre los franquiciados una práctica concertada en vistas a la aplicación efectiva de esos precios.

Una de las estipulaciones del contrato de franquicia que ha provocado litigiosidad en cuanto a su ilicitud a la luz de la normativa «antitrust» es aquella que permite al



franquiciante seleccionar a los franquiciados, ya sea en base a determinados criterios previamente establecidos o al mero acuerdo del franquiciante e incluso de los franquiciados preexistentes en el área geográfica.- Este tipo de cláusulas han sido analizadas por la jurisprudencia «antitrust» norteamericana como un supuesto de negativa de venta o negativa a contratar, considerándolas por tanto legítimas.- Sólo en aquellos casos en que la negativa sea parte de un boicot, que tenga como finalidad excluir una firma del mercado, estarán prohibidas --Cfr. «Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores Inc.», 359 US 207, 79 S. Ct. 705, 3 L. Ed. 2d 741 (1959).

Otro de los tipos de estipulaciones que plantean dudas acerca de su licitud en el contrato de franquicia son las que determinan un reparto geográfico de mercados entre los distintos franquiciados y aún entre éstos y el franquiciante con el consiguiente reparto de la clientela.- La jurisprudencia norteamericana ha considerado la legitimidad de este tipo de cláusulas si persiguen la protección de los signos distintivos del franquiciante, que el franquiciado usa en su establecimiento. Así también la jurisprudencia norteamericana ha permitido exigir al franquiciado vender solamente los productos designados por el franquiciante o prohibirle vender productos no compatibles, dada la necesidad de preservar el interés legítimo de éste al mantenimiento del crédito de una marca.-

Paralelamente, en el derecho francés, el reglamento del 22 de diciembre de 1999, ha regulado profusamente los distintos supuestos en los cuales podrá pactarse la distribución selectiva en el ámbito geográfico, estableciendo una distinción entre la distribución selectiva cualitativa y la cuantitativa, y regulando los diferentes supuestos en los cuales cada una de estas variables no produce efectos perjudiciales a la concurrencia.

Al mismo tiempo la doctrina francesa destaca, en materia de protección territorial, que la concurrencia exterior es a menudo más dañosa para el franquiciado que una concurrencia intramarca. Bensoussan (Bensoussan, Hubert - "Franchise: L'exclusivité territoriale vidée de sa substance" en Le Dalloz, 2000, Nº41 pág. 629) considera que la protección territorial constituye un concepto engañoso y que esa es una de las razones que ha conducido a la jurisprudencia a no hacer de aquella obligación una de las condiciones de validez del contrato de franquicia.



La jurisprudencia francesa también se ha pronunciado tolerando otras cláusulas limitativas del derecho a la concurrencia, tales como las que se refieren al aprovisionamiento exclusivo o a la obligación de abstención postcontractual, se trate de bienes o de servicios concurrentes con los vendidos por el franquiciado siempre que sean indispensables para la protección del "savoir faire". (conclusiones extraídas de la 5ª Conferencia Jurídica del Colegio de Expertos de la Federación Francesa de la Franquicia)

La aplicabilidad en nuestro país de los antecedentes extranjeros precedentemente expuestos, debe considerarse con especial cuidado, tomando en cuenta los especiales motivos que dieron origen a la aplicación de determinadas políticas en la Comunidad Europea y en los Estados Unidos.

En nuestro país las divisiones de mercados impuestas o instrumentadas por un tercero se encuentran subsumidas en los principios del art. 41 inc. e de la ley de defensa de la competencia, en concordancia con los principios expuestos en el art. 1º de la misma.

De este modo, el inc. C) del art. 41 de la citada ley, sanciona la conducta de "distribuir entre competidores zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento". Es decir la conducta sancionada tiene como requisito tipificante el que se realice "entre competidores".

Al respecto, la doctrina tiene dicho que ("Franchising" – por los doctores Cecilia Cook, María C. Iturralde, Mónica Witthaus, Héctor O. Chomer, Javier G. Martón, Marcelo A. Rapallo y Roberto E. Abieri – Derecho Económico N°14/1990) "para el franchisor, cada franchisee es en igual medida un agente de éxito del sistema. No está tan interesado en los resultados individuales de cada uno, sino más bien, en los resultados totales obtenidos por la cadena de distribución. Por lo tanto, desde el punto de vista del franchisor, los diferentes franchisees no son competidores entre sí."

Ahora bien, para el franquiciado, los demás franquiciados son competidores dentro del mercado –es de destacar que se trata de empresas jurídica y económicamente independientes– pero para el consumidor, como ya lo expresamos supra, todos



los franquiciados forman parte de una única cadena que comercializa un producto idéntico –sin importarle al consumidor el sistema de distribución que se está utilizando. El consumidor busca encontrar en cada comercio signado por una misma marca el producto de calidad que conoce y espera, como así también un precio uniforme.

Esto se logra con el acatamiento necesario por parte del franquiciado de determinadas decisiones, en cuanto a precios y comercialización, que son definidas por el franquiciante. Sólo de este modo se puede lograr la uniformidad necesaria para que la viabilidad del sistema sea plausible.

Por otra parte, debemos tener en cuenta, que los precios de compra por parte de los franquiciados también son similares. En este sentido, los tomadores de la franquicia se encontrarían en un situación de equidad, entre ellos, y frente al franquiciante.

Va de suyo que cuando el inciso a) de la ley se refiere a acciones concertadas para fijar, determinar o hacer variar los precios, define una situación distinta que la que nos ocupa, en la que un franquiciante determina los precios de sus productos o servicios para toda su cadena de acuerdo a sus costos y en procura de la obtención de una ganancia razonable --límite que será puesto por el mercado-- sin intervenir en los de la competencia. Así, se trata de una disposición vertical y no de una imposición de precios horizontal entre competidores.

El problema se presenta cuando el franquiciante abusa de su posición dominante en el mercado. De este modo, lo que la ley 22.262 castiga, no es la posición dominante *per se*, sino el abuso que pudiera hacerse de ella.

Analizado esto mismo desde el punto de vista de la defensa de la competencia, no se estaría definiendo una conducta punible como ser las “acciones concertadas” o la celebración de acuerdos entre competidores.

Tales acuerdos implican, como presupuesto lógico, el efecto deseado de ser distorsionadoras de las condiciones del mercado, en provecho de los celebrantes. Esto implica la necesidad de mala fe, del dolo en las conductas, en las que por lo menos deberán intervenir dos personas para hablar de “concertación”.



En cuanto al control de la distribución y comercialización de bienes y servicios que realiza el franquiciante, es preciso tener en cuenta que es él, quien debe conocer el movimiento de cada uno de sus franquiciados, tanto para la correcta percepción de la regalía pactada en el contrato, como para efectuar una evaluación y proyección del sistema con el objetivo de propender al interés común de los sujetos relacionados por este contrato.

En definitiva, el control sobre el desarrollo de la franquicia no implica prácticas viciosas, definidas por la ley como "acciones concertadas", no implica el manejo discrecional y doloso del mercado. Por el contrario se tiende al control operativo del franquiciante sobre la cadena que él ha montado, sin incidencia sobre la distribución de productos de la competencia, ni reparto o fragmentación de los mercados.

Del mismo modo, el franquiciado paga una regalía por los servicios que se le prestan durante todo el contrato, entre ellos estos controles, que redundan –como ya se ha dicho—en beneficio de todos los sujetos intervinientes.

En lo que hace a la distribución de zonas, es razonable que sea el otorgante de la franquicia el que las regule, considerando los límites geográficos en los que su producto o servicio tendrán mayor aceptación y producirán mayores ganancias.

Como contrapartida de lo dicho, el franquiciado se obliga a no vender su mercadería en otra zona que la adjudicada, ello es así, por cuanto se pretende evitar la concurrencia de oferta que pueda perjudicar a otros franquiciados. Del mismo modo, el franquiciante se obliga a no vender o brindar servicios materia de la franquicia en la zona asignada al franquiciado, en forma directa.

Se desprende de lo dicho que en el sistema de franchising no existen acuerdos o acciones concertadas para distribuir, entre los competidores, zonas, mercados o clientelas, sino que nos encontramos ante la presencia de distribución vertical por zonas que el franquiciante determina en su cadena, no interviniendo, por ello, en los negocios de la competencia o manipulando el mercado.



En cuanto a la exclusividad para el abastecimiento de productos, la razonabilidad de tal limitación radica en el objetivo –inherente al contrato de franquicia—de hacer llegar al público consumidor un producto homogéneo y acreditado. Así en el caso de las franquicias de comidas rápidas, suele estipularse que la materia prima principal debe ser abastecida por determinados proveedores.

La razonabilidad de esta restricción radica en el objetivo de mantener un standard de calidad, cuya guarda es legítimo quede reservada al diseñador del sistema.

Una cuestión directamente relacionada a las tratadas precedentemente es la de la concurrencia desleal.

Esto es la necesidad de poner límite a los abusos que pudieren generarse por parte del franquiciante hacia los franquiciados. Ello puede darse tanto durante la relación contractual, como una vez finalizado el contrato.

En el primer caso, es lícito impedir que el franchisee se vincule a empresas competidoras del franchisor, lo que se cristaliza en la práctica mediante prohibiciones contractuales de integrar o participar en empresas competidoras, ya sea en forma directa o indirecta. Del mismo modo es lícito prohibir conductas entre los franquiciados que generen perjuicios a los otros, lo que consecuentemente generaría el desprestigio del sistema.

Por último, una vez terminada la relación contractual, es conveniente mantener ciertas restricciones a la actividad futura del ex franquiciado. De este modo se limita el ejercicio de actividad similar por el exfranquiciado a tiempo y lugar predefinidos contractualmente. Así la obligación post contractual de no competencia nace de la necesidad del franquiciante de evitar que la persona a la cual ha capacitado, compita con ella en igualdad de condiciones, lo cual significaría pérdida de ventaja competitiva.

En cambio no hay limite temporal ni geográfico para el deber del franquiciado de guardar confidencialidad respecto del know how obtenido durante la duración temporal del contrato. Si bien no es necesaria la previsión contractual para que dicho incumplimiento sea punible, son válidas las cláusulas penales expresadas en



el contrato de franquicia. A falta de estas será la decisión judicial la que cuantifique los daños y perjuicios sufridos.

Como hemos anticipado la materia de la concurrencia desleal carece de tratamiento legislativo en nuestro país, lo cual no obsta la vigencia de los principios expuestos, los cuales son aplicables por vía contractual, jurisprudencial, así como mediante la aplicación de la costumbre comercial.

Al respecto resulta interesante comentar un fallo --CAUSA 72464 - "Morichetti y Compañía Sociedad de Responsabilidad Limitada c/Grafa Sociedad Anónima s/Ordinario" - CNCOM - SALA C - 29/06/2001-- :

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial rechazó una demanda en la que una franquiciada reclamaba indemnización por los daños ocasionados por un presunto trato discriminatorio y abusivo por parte de la franquiciante.

Así lo dispuso la Sala "C" en los autos mencionados. Morichetti y Compañía S.R.L. demandó a Grafa S.A. el pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de franquicia comercial que habían celebrado en 1993. Mediante este convenio, la demandada le había otorgado a la actora una franquicia para confeccionar y comercializar la indumentaria profesional de la marca "Ombú". La demandante sostuvo que, poco tiempo después de haber suscripto el contrato y faltando 60 días para su entrada en vigencia, la franquiciante la había obligado a adquirir mercadería para poder financiar sus gastos. Señaló, además, que por esa mercadería debió abonar un precio superior al que estaba fijado para el resto de los franquiciados, lo que la colocó respecto de éstos en una situación desventajosa, ya que todos comercializaban en la misma zona. Agregó que su relación con la demandada se agravó notablemente cuando en 1995 le exigió el pago de todo lo adeudado sin refinanciación, mientras que a las otras empresas las había beneficiado con descuentos y plazos que les permitían cancelar sus deudas.

La demandada contestó demanda y reconvino por el cobro de facturas impagas. En su respuesta a los hechos descriptos por Morichetti, dijo que las compras realizadas hasta el 31 de diciembre de 1993 se habían efectuado con posterioridad a la entrada en vigencia del contrato de franquicia comercial (13-9-93) y antes de la fecha pactada para que la actora comenzara con la comercialización de la



indumentaria "Ombú", porque esta última necesitaba contar en esa fecha con un stock inicial, de lo contrario no hubiese podido cumplir con la fecha estipulada para el inicio de la comercialización. Agregó que la primera compra efectuada por la actora se había concretado el 31 de agosto de 1993, fecha en la que, si bien no se había instrumentado el acuerdo, las partes ya tenían en mira su formalización.

En esa misma presentación, Grafa reconvino por cobro de facturas impagas, las cuales habían tenido origen en compras que Morichetti había realizado en el marco del contrato de franquicia. Por su parte, el juez de primera instancia rechazó la demanda e hizo lugar a la reconvención. Para adoptar esta resolución, el magistrado tuvo en cuenta especialmente el peritaje contable, de donde surge que el pago de Morichetti a Grafa por las primeras compras tuvo lugar con 150 días de atraso, circunstancia que condujo al sentenciante a deducir que la demandada no había presionado a la franquiciada a realizar compras para sobrellevar sus necesidades. También consideró el juez la evaluación realizada por el perito respecto del trato que la franquiciante tenía con sus franquiciados; en este sentido, concluyó que tanto las financiaciones como los descuentos otorgados habían sido similares para todos los franquiciados y guardaban relación con las compras que éstos habían efectuado, por lo que no podía hablarse de discriminación entre ellos.

Apelada la sentencia por la demandante, el vocal preopinante de la Sala fue el Dr. José Luis Monti quien coincidió con el juez de primera instancia en la solución adoptada y la relevancia que se asignara al peritaje contable. "Según surge de este informe, la primera compra de Morichetti a Grafa fue hecha el 31 de agosto de 1993 y la deuda fue cancelada con 150 días de retraso. Dada la cercanía de esta operación con la fecha en que se instrumentó el acuerdo de voluntades, parece razonable lo expuesto por la demandada en cuanto a que tales pedidos habían tenido por fin formar un stock suficiente para satisfacer la demanda de los primeros clientes y, además, confirmar la voluntad de concretar el convenio que, según manifestó Grafa, ya habían acordado verbalmente... Este relato, que parece convincente y coherente con el contexto de la relación que unió a las partes, no fue desvirtuado por la actora. En efecto, no hay en autos indicios que permitan inferir que la accionada hubiese obligado o presionado a la actora para adquirir mercaderías contra su voluntad; no hay tampoco elementos que demuestren el interés que pudo haber tenido Grafa en presionar a Morichetti para que realice una operación cuya contraprestación no sería cumplida hasta 5 meses después de su vencimiento. Tal carencia probatoria atribuible a quien tenía la carga de demostrar



los hechos en que fundó su pretensión, conduce a desestimar este agravio."

Es especialmente destacable el criterio utilizado por el Tribunal, el cual tomó como parámetro para determinar la existencia o no de eventuales daños, la búsqueda de trato discriminatorio o conducta abusiva. Por estas razones, al no demostrarse trato discriminatorio ni conducta abusiva alguna por parte de la franquiciante con su franquiciada, se confirmó la sentencia, rechazándose la demanda y haciéndose lugar a la reconvención, con costas para la actora.

Del mismo modo, en los autos Exp. 79985/1997 - "Rivas Rosa Graciela c/ Grimoldi S.A. s/ordinario" - CNCOM - SALA C - 10/10/2003, podemos ver como se resuelve judicialmente una cuestión de concurrencia desleal, fundando el Tribunal su decisorio en principios de razonabilidad que permitieron determinar en este caso la ausencia de trato discriminatorio o conducta abusiva.

En estos autos la actora se presenta interponiendo formal demanda contra Grimoldi Sociedad Anónima para obtener la reparación de los daños que dice haber sufrido, los que calcula en la suma de trescientos cincuenta y ocho mil ciento veinticinco pesos (\$358.125), con más los intereses y la actualización. Relata que el 30 de septiembre de 1993 celebraron entre las partes un contrato de franquicia comercial por el término de tres años de duración y por el cual abrió un local "Grimoldi" de venta de calzado al público. A su vez, la sociedad demandada se comprometió a "mantener una relación continua de asesoramiento con el franquiciado, incluyendo la consulta en áreas de comercialización, técnicas de ventas y operaciones comerciales en general y a prestar asistencia comercial al franquiciado durante el término de la franquicia (fs.237, sección VI, el. A e I).-

Invoca la actora que su vinculación con la demandada había sido consecuencia de un contrato de adhesión, en virtud del cual se le autorizó a utilizar un "plan negocial" -que incluía cualidades técnicas y estéticas y la arquitectura del lugar, publicidad, entrenamiento del personal etc.- obteniendo -a su vez- la exclusividad en el suministro de mercaderías. Relata la actora que durante los primeros quince meses la relación se desarrolló con normalidad, hasta que Grimoldi inauguró un local a veinte cuadras del perteneciente a Rivas. Según la demandada no perjudicaría a la franquiciada en tanto vendería sólo saldos y mercadería de segunda selección. Sin embargo, sostiene que pudo comprobar, según consta en



acta notarial, que en ese local se vendía la misma mercadería provista por la accionada y a precios inferiores. Ante los numerosos reclamos dirigidos a la gerencia general de ésta, la demandada sólo atinó a aumentarle el suministro de mercadería lo que le generó una deuda mayor, ya que las ventas eran muy escasas.-

Frente a ello, y atento a que no podía cancelar la deuda pendiente, Rivas decidió -- ante el ofrecimiento de la franquiciante-- renovar el contrato. Pese a esto, nueve meses más tarde Grimoldi rescindió la franquicia, sin previo aviso, ocasionándole serios prejuicios a la actora.-

En estos autos, la demandada fundamentó su defensa en que el contrato firmado con la actora había sido diferente al de franchising tradicional, ya que por un lado no se le exigió al franquiciado el pago de un "fee" de ingreso ni una regalía y por el otro existe ausencia de exclusividad en cuanto al territorio. Además indicó que al iniciar su actividad como franquiciada ya existía otro local de Grimoldi que vendía saldos tan sólo a veintitrés cuerdas de allí, por lo que la accionante no pudo ignorar su existencia.-

Sostuvo que contingencias económicas como ser el efecto "Tequila" fueron hechos que afectaron las ventas de todos los comercios minoristas durante 1995 y 1996. Al respecto, describió la situación de las diversas franquicias operantes en esa época, concluyendo que las bajas en las ventas se debieron a la situación económica.-

Así planteados los hechos, el Tribunal entendió que Grimoldi no aplicó rigurosamente las cláusulas contractuales que la favorecían, por ejemplo no emitió notas de débito por intereses ni tenía obligación de comprarle todo el stock a Rivas, por lo que su accionar fue de una "excepcional buena fe".-

Otro aspecto relevante tratado en este fallo, surge del hecho de que el franquiciante instaló un local en la proximidad del de la franquiciada, según esta última esto hubiera ocasionado un perjuicio al generar la disminución de las ventas, pese a que el contrato firmado por las partes, autorizaba la instalación de locales, con uso ilimitado de la marca, sin restricciones geográficas a la franquiciante. Al respecto el Tribunal dicta su fallo fundado en los principios generales del derecho de los contratos, de la siguiente manera:



“En efecto, frente a los actos concretados por una de las partes que produjeron en alguna medida cambios de las condiciones existentes al momento de haberse formalizado lo pactado, aunque ellos aparecieran autorizados contractualmente, cabe considerar que esa conducta -si produce perjuicio a la contraparte- contradice lo que ellas presupusieron respecto a lo plasmado en el texto escrito. Es en ese conjunto de realidades inexpresadas y no cuestionadas (presupuestas) que cabe subordinar los actos sobrevinientes efectuados por la demandada en el caso en examen.-

Por ello, de la lectura de esta cláusula no se puede inferir automáticamente que Grimoldi tenía un ilimitado derecho a instalar un local tan cercano al de Rivas en el que se comerciara productos de su marca. En este sentido, coincido con el anterior sentenciante en cuanto a que -en virtud de la buena fe que debe primar en toda relación jurídica (Art. 1198, código Civil),- no resulta razonable pensar que la instalación de un negocio con las mismas características que el franquiciado a poca distancia, no habría de generar perjuicio, daño que fue probado en autos a través de distintos.-

A modo de conclusión del desarrollo precedente, más allá de las diferencias cualitativas y cuantitativas de regulación, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado, entendemos que no existe un conflicto apriorístico entre franchising y libre competencia, siendo el franchising un sistema de comercialización de bienes y servicios que se ha generalizado en el mundo, atento los beneficios que ha generado, tanto para las partes contratantes, como para el público consumidor, quién se beneficia con la posibilidad de acceder a productos y servicios acreditados y de calidad uniforme, generalmente a precios convenientes – debido a los altos volúmenes de producción.

Lo expresado no obsta la existencia de conductas patológicas, las cuales, por su parte, se presentan rara vez, lo que es notorio atento la escasa jurisprudencia en la materia.

Asimismo es necesario remarcar que si bien el contrato de franchising contiene ciertas cláusulas que podrían inicialmente rozar una eventual manipulación del mercado, estas en principio son lícitas por cuanto habría ausencia de mala fe. La legitimidad de estas estipulaciones encuentra su razonabilidad en el hecho que la



obligatoriedad de lo pactado por las partes deriva de las contraprestaciones que los ligan, dando origen al beneficio de las partes y al público consumidor. La legitimidad intrínseca de las normas del contrato de franquicia está dada asimismo por la plena vigencia del principio de autonomía de la voluntad legislado en el art. 1197 del Código Civil. Así ha de considerarse la libertad de las partes para el ingreso o egreso del sistema, teniéndose en cuenta que el franquiciado entra voluntariamente en la cadena por razones ajenas al estado de necesidad, siendo informado previamente a la contratación de todos sus derechos y obligaciones, así también como de toda la información técnica, contable y legal que necesita.

A modo de propuesta, sería deseable esperar que la evolución de la legislación nacional en la materia se viera iluminada por la experiencia europea, en atención al contexto económico que anticipa la concreción de un mercado comunitario en el cual la Argentina tendrá un papel de importancia. ♠



BIBLIOGRAFÍA:

CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN .- Franchising - López Cabana, Roberto (dir.)
- Abeledo-Perrot - Lexis Nº 2103/000636

FARINA, J. M., Contratos..., cit., nro. 311, pág. 450, nota 123, en que se cita a Lourd Siegel "Franchising", pág. 8; COOK, Cecilia - ITURRALDE, María y otros, "Franchising" en Derecho Económico, nro. 14, pág. 119.

GUYENOT, Jean, "Qué es el franchising", en Breviarios de Derecho, Ejea, Buenos Aires, 1972.

CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN / 06.- Franchising - Martorell, Ernesto E. - Depalma - TRATADO DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA - 1997 - Lexis Nº 6203/005803

"El Contrato de Franquicia" - César Augusto Cáceres Barraza - en www.geocities.com/itsfranchising.

SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL - Marzorati, Osvaldo J. - ASTREA 1992.-

RESTRICCIONES VERTICALES - Y ABUSO DE POSICION DOMINANTE: JURISPRUDENCIA DE LAS COMISIONES ANTIMONOPOLIO
Mónica Salamanca Maralla Jefe Departamento de Estudios y Relaciones Internacionales Fiscalía Nacional Económica, Chile

FRANCHISING - por los doctores Cecilia Cook, María C. Iturralde, Mónica Witthaus, Héctor O. Chomer, Javier G. Martón, Marcelo A. Rapallo y Roberto E. Abieri - Derecho Económico Nº14/1990.

FRANCHISING Y LIBRE COMPETENCIA - por José Antonio Manago - LL T. 1993-C Sec. Doctrina.

FRANCHISING. ASPECTOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS - Kleidermacher Jaime L. - Abeledo Perrot

FRANCHISE: L'EXCLUSIVITÉ TERRITORIALE VIDÉE DE SA SUBSTANCE - Bensoussan, - Hubert en Le Dalloz, 2000, Nº41 pág. 629

SYNTHÈSE DE LA 5e CONFÉRENCE JURIDIQUE DU COLLÈGE DES EXPERTS DE LA FEDERATION FRANCAISE DE LA FRANCHISE par Eric Chevrier, en Le Dalloz, 2001, nº10, pág. 842. ♠