UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA

VICERRECTORADO ACADÉMICO

DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

Estudio de la situación del contrato de franquicia en Venezuela.

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Mercantil

Línea de Investigación: Nuevas tendencias en el Derecho Societario

Autora: Gabriela Andreina López Hernández

C.I V-16624978

Tutor: Pedro Manuel Uribe Guzmán

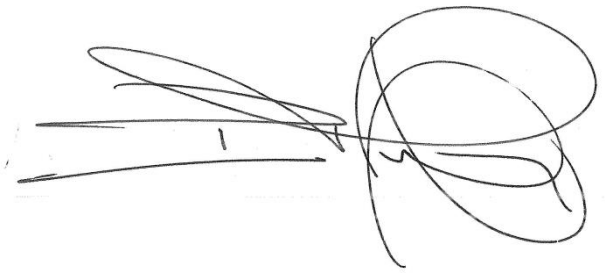
San Cristóbal, julio de 2017

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de tutor del Trabajo de Grado presentado por Gabriela Andreina López Hernández para optar al Título de Magister en Derecho Mercantil, intitulado “Estudio de la situación del contrato de franquicia en Venezuela”, aprobado por el Consejo General de Postgrado, en su reunión de fecha 02 de julio de 2015, según acta Nº 125.

Considero que este trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

Así lo digo y firmo a los 10 días del mes de julio de 2017



Dr. Pedro Manuel Uribe Guzmán
C.I.: V- 17.206.169

DEDICATORIA

La realización de éste trabajo no sólo generó esfuerzo y sacrificio, sino que también implicó tiempo, el cual, según Julián Serna, es personal y a la vez compartido, abundante pero escaso; por ello este nuevo éxito va dedicado a:

Dios y a la Virgen de la Consolación, por la protección, bendiciones y la fortaleza espiritual en éstos duros momentos.

Mi padre y mi madre, responsables de todo lo bueno que soy y puedo ser, por sus valores y enseñanzas. A ellos debo todo ánimo e intento de superación en todos los ámbitos.

Mis hermanos, por despertar en mí el sentimiento protector siempre, por hacerme sentir admirada, lo cual me ha hecho ser responsable y dedicada.

Mi Alma Mater, la Universidad Católica del Táchira y el Decanato de Investigación y Post Grado.

Mi novio, por el sacrificio de cada minuto de nuestro tiempo, y por el ánimo cuando no tenía fuerzas para seguir.

Mi tutor, por su paciencia, apoyo incansable y desinteresado. Gracias por emprender conmigo ésta aventura.

A todos aquellos que siempre creen en mí incluso más que yo misma.

ÍNDICE GENERAL

APROBACIÓN DEL TUTOR
DEDICATORIA **iii**
ÍNDICE
RESUMEN **viii**
INTRODUCCIÓN **8**

CAPÍTULO I
Análisis de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia en Venezuela 15
Los contratos 18
Características de los contratos 19
Clasificación de los contratos 20
La franquicia como modelo 24
El contrato de franquicia 25
Elementos del contrato de franquicia 30
Los elementos generales de fondo 31
Elementos especiales o esenciales 32
Elementos formales 33
Elementos eventuales 33
Diferencia entre el contrato de franquicia y otros contratos de colaboración empresarial 34
La franquicia y el contrato de licencia de uso de marca 35
La franquicia y el contrato de *know-how* 35
La franquicia y el contrato de distribución 37
La franquicia y el contrato de *joint venture* 37

La franquicia y el contrato de agencia 38
Partes involucradas en el contrato de franquicia: 38
El franquiciante 39
El franquiciado 40
Obligaciones de las partes en el contrato de franquicia 41
Obligaciones del franquiciante 42
Obligaciones del franquiciado 44
Tipos de Franquicias 47
De producción o industrial 48
De distribución 48
De servicios 49
Franquicia industrial 49
Franquicia Corner 49
Master Franquicia: 50

CAPÍTULO II

Principales limitaciones derivadas de la regulación jurídica del contrato de franquicia en Venezuela 51

Límites al contrato de franquicia derivados de las normas que regulan la libre competencia 52
La franquicia con arreglo a las normas referidas a la propiedad industrial 64
Los signos distintivos 68
El nombre comercial 68
El rótulo 70
El lema comercial 70
La marca 71
Denominación de origen e indicaciones de procedencia 74
Problemas derivados del uso de los signos distintivos en un contrato de franquicia 75

La patente 78
Limitaciones al contrato de franquicia derivadas del control de cambio 80
Normas que regulan la relación laboral y su incidencia en el contrato de franquicia 84
Relajación de normas generales mercantiles en el marco de un contrato de franquicia 86
Revisión de los libros del comerciante 86
Restricción de sub-franquiciar y ventas de acciones 91
Inclusión o ausencia de la cláusula arbitral dentro del contrato de franquicia 96
El contrato preliminar de franquicia 98
El contrato verbal de franquicia 100

CAPÍTULO III
Revisión de la regulación del contrato de franquicia en el derecho español 103
Normativa comunitaria europea 103
El contrato de franquicia en la legislación española 106
Evolución del tratamiento de la figura del contrato de Franquicia dentro de la legislación española 106
Condiciones Generales para la Contratación de Franquicias en España 117
Registro de condiciones generales de contratación 122
Contrato Verbal de Franquicia en España 124
Registro de Franquiciadores 125
La información precontractual 129
Cesión de derechos de propiedad industrial o intelectual 133
Resolución de conflictos en los contrato de franquicias 136
El borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common*

frame of reference DCFR) 138

CONCLUSIONES **141**

REFERENCIAS **151**

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

Estudio de la situación del contrato de franquicia en Venezuela.

Autor: López H., Gabriela.
Tutor: Uribe G., Pedro M.
Año: 2017.

RESUMEN

La franquicia posee una doble naturaleza: como modelo y como contrato que permite el desarrollo de dicho modelo. El primero ha demostrado, a través de la historia, ser exitoso inclusive dentro del comercio venezolano, A pesar de ello, el contrato no se encuentra específicamente regulado, pudiéndose desvirtuar su naturaleza, de igual forma su situación actual no escapa de las políticas económicas implementadas por el Estado y la crisis. Sin embargo, el modelo-contrato se ha venido desarrollando con éxito presentando un crecimiento que beneficia el ejercicio del comercio y a la economía en general, de allí deriva la importancia de abordar el área. Para ello, la investigación fue desarrollada con el objetivo principal de determinar la situación en las franquicias en Venezuela. En aras de resolver satisfactoriamente, se estructuró en tres objetivos específicos, que trataron de plantear el panorama desde la óptica nacional así como la consideración de la óptica internacional para encontrar aspectos que merecen sopesarse para mejorar el derecho interno. Una vez concluida la investigación todo apunta a que debe fomentarse el sector, regularse la forma en que las partes manifiestan su voluntad y hasta tanto esto no ocurra son los mismos contratantes quienes deben observar dentro de su acuerdo las mejores formas para su continua expansión. Para llegar a ello, se usó una metodología cualitativa de tipo documental, valiéndose del método deductivo, comparativo y jurídico mediante el análisis de doctrina especializada e instrumentos jurídicos.

Descriptores: Franquicia, contrato, límites, Venezuela, España

INTRODUCCIÓN

El hombre, como ser social ha buscado en sus pares la forma de desarrollar objetivos comunes. Dichos objetivos pueden ser de diversa índole, y dentro de éstos se encuentran objetivos comerciales. El comercio es una actividad tan antigua como la humanidad misma, debido a que el ser humano posee necesidades y puede encontrar en otros la forma de satisfacer las mismas, es por ello que se han establecido diversas formas de intercambio de bienes que han sido reguladas por el derecho. Ésta actividad comercial es realizada a diario por los seres humanos casi de forma inconsciente, así lo afirma Morles quien apunta:

> El simple hecho de encender la luz al levantarnos, constituye el disfrute de un derecho que nos acuerda nuestro contrato comercial con la empresa eléctrica que presta el servicio…la utilización de los medios de transporte público (el bus, el metro, el taxi)…las compras que hacemos en el mercado, en la tienda o en la farmacia…los actos regulados por el ordenamiento jurídico mercantil son de repetición mucho más frecuente que los de la vida civil[1]

En este sentido, ante el hecho social de intercambio de bienes, es lógico pensar que las personas naturales decidan reunirse para consecución de fines colectivos, y así dar creación a entidades morales, por lo que el derecho mercantil societario ha jugado un papel fundamental en el estudio de las diversas formas asociativas. El principio del que se parte para crear una

[1] MORLES, A. (2006). *Curso de derecho mercantil.* Tomo I. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, p. 6.

entidad colectiva es el de colaboración, unión de fuerzas para obtener mejores y mayores beneficios, por lo cual el derecho mercantil como disciplina es también el derecho de las grandes operaciones económicas.

De igual manera, cobra relevante papel la consideración de los contratos mercantiles, los cuales pueden ser de diversa clase, encontrándose los contratos de adhesión, cuyo volumen ha superado a la contratación tradicional en la cual existe el elemento de negociación.[2] Por otro lado, también se ubican los llamados contratos de colaboración empresarial cuya esencia parte de considerar que el inicio de un nuevo negocio entraña riesgos, los cuales son asumidos por el emprendedor, no obstante dichos riesgos pueden ser mitigados si son difuminados o soportados por varios empresarios, quienes aportan capital y asumen ganancias y pérdidas.

Algunos de éstos contratos de colaboración empresarial son regulados por normas sustantivas, pero la historia del derecho ha demostrado que la realidad supera con rapidez las normas escritas, por ello éstas deben irse adaptando a los nuevos requerimientos sociales, proceso que no siempre es rápido, ocurriendo en la práctica la existencia de situaciones no reguladas por las normas jurídicas, sin embargo esto no frena su desarrollo, y así lo ha afirmado Riera quien considera que “el hecho que no se cuente con una legislación especial en la materia no significa la inexistencia ni la impalpabilidad de una figura determinada”[3].

---

[2] *Ídem.*

[3] RIERA, A. (s/f). *Realidad jurídica de las franquicias en Venezuela*. [documento en línea], fecha de consulta: 20 de febrero de 2015. Disponible en: http://www.franquiciasvenezolanas.com/documentos/Marco%20Juridico%20de%20las%20Franquicias.pd

Ante ésta premisa, y partiendo de la rapidez que caracteriza la actividad comercial, que es precisamente lo que ha permitido su desarrollo, los legisladores contemplan la posibilidad de pactar o acordar relaciones jurídicas que no estén previstas en normas escritas, surgiendo así los contratos innominados y los atípicos, que si bien no están contenidos en instrumentos jurídicos, son permitidos a la luz del derecho a libre empresa, el cual es reconocido por la Constitución venezolana. Son varios los contratos innominados y atípicos en Venezuela, y son comunes en el derecho mercantil, sumado al hecho de que la norma sustantiva: Código de Comercio, ya no regula todas situaciones existentes para el momento de su promulgación. En éste contexto se maneja el contrato de franquicia, que a pesar de no ser nuevo, su presencia no se daba con tanto auge en Venezuela para la década de los 50, momento en el cual fue sancionado el Código de Comercio. Sin embargo, en la actualidad presenta un crecimiento que no sólo beneficia a sus suscriptores, sino que otorga beneficios a otras personas fuera de la esfera de la relación jurídica de franquicia. Dicho crecimiento se ha visto manifestado por etapas, las cuales a juicio de Osta son 4 etapas:

> La primera etapa se caracterizó por la entrada de grandes empresas internacionales con sus marcas en el país, las cuales concretaron negocios con grupos económicos importantes que adquirieron la franquicia en el exterior…Pueden mencionarse como ejemplos las marcas: “Kentucky Fried Chicken”, “Burguer King” y “Pizza Hut”…hacia el segundo lustro de la década de los 80, surge la segunda etapa. Algunos empresarios venezolanos continúan adquiriendo franquicias internacionales como “Mc Donalds” y “Central Parking System”…empresarios nacionales franquiciaron sus negocios…La tercera etapa, el *boom* de las franquicias se presentó en Venezuela a mediados de la década de los 90´, caracterizada por la proliferación del formato en el país a través de las franquicias venezolanas…Según Riera la cuarta etapa, consolidación y madurez del mercado, surge

> aproximadamente a partir del 2003…esta etapa se caracteriza por la seriedad de las empresas franquiciantes.[4]

A pesar de su notable crecimiento, el contrato de franquicia un acuerdo que no es incluido por las normas jurídicas en materia mercantil, esta situación se traduce en diversos inconvenientes, sobre todo en cuanto al cumplimiento de las obligaciones del mismo, y la aplicación de normas que puedan afectarle sin tomar en cuenta su especialidad. Aunado a tal situación, se presentan inconvenientes de tipo práctico, como lo son las políticas no acertadas en materia económica que repercuten en la posibilidad de cumplimiento de algunas de las obligaciones de las partes. Sin embargo, a pesar de estos riesgos, ha sido notable el crecimiento del sector de franquicias en los últimos años y el desarrollo de franquicias nacionales con potencialidades de exportación.

Por tales razones, es imperiosa la necesidad de su estudio a fines de garantizar a futuro su correcta regulación, así como del contrato que les da forma, partiendo de entender su situación en Venezuela, su naturaleza y la forma en cómo es tocado y se ve afectado por los diversos instrumentos de índole mercantil, así como que aquellos que regulan otras materias. De la misma forma, entendida la franquicia como un contrato desarrollado a nivel global, es conveniente entender cómo ha sido abordado el contrato desde la óptica de otros ordenamientos jurídicos, encontrando en el Reino de España aspectos que merecen ser revisados, como lo es la regulación específica del contrato.

[4] OSTA, K. (2010). Determinación del impacto de las franquicias en Venezuela. *Ingeniería industrial actualidad y nuevas tendencias,* año 3, volumen II, N° 4, pp. 39-64.

Para abordar dicha temática es conveniente realizar una investigación que ahonde sobre la situación de las franquicias en Venezuela. Para ello se han planteado las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la situación actual del contrato de franquicia en Venezuela?; ¿cuál es la naturaleza del contrato de franquicia en Venezuela?; ¿cuáles son los principales problemas prácticos derivados de la ausencia de regulación legal nacional del contrato de franquicia en Venezuela?; ¿cómo es tratada la figura del contrato de franquicia en el sistema jurídico español?

Para dar respuestas a los cuestionamientos antes hechos se hizo necesario establecer como objetivo general de la investigación “estudiar la situación actual del contrato de franquicia en Venezuela”. Para la consecución de éste, se establecieron tres objetivos específicos los cuales son: analizar la naturaleza del contrato de franquicia en Venezuela; explicar los principales problemas prácticos presentados en el contrato de franquicia debido a la ausencia de regulación expresa en la legislación nacional; y, finalmente, analizar la figura del contrato de franquicia en el derecho español.

Resulta de gran importancia en virtud de la relevancia que tiene la franquicia en la actualidad, y a pesar de ello no se han dirigido esfuerzos dedicados a regularizar su situación dentro del orden nacional. En este sentido, es imprescindible determinar la naturaleza del contrato para así entender hacia donde debe apuntar su correcta regulación, ello no puede hacerse sin tomar en cuenta sus principales elementos y especialidad. En este orden de ideas, es importante la continua investigación en el área que genere elementos a considerar a futuro para la suscripción de nuevos contratos, perfeccionando las condiciones de contratación de las partes. De la misma forma, es pertinente aportar suficientes elementos doctrinales que

puedan incorporarse cuando las situaciones sean propicias para la creación de instrumento normativo relativo a las franquicias en Venezuela.

Por otro lado, producto de las políticas Estatales en materia económica, el sector de la franquicia se ha visto afectado, por lo que es necesaria la búsqueda de alternativas que permitan el desarrollo del sector y así mitigar los efectos negativos que las decisiones gubernamentales puedan generar, así como aquellos que se deriven de aplicación de instrumentos normativos que no le son propios. Estas alternativas deben ser desarrolladas en el seno de la doctrina, por lo cual es fundamental la investigación para la determinación de los principales aspectos que puedan de alguna manera impedir el correcto desenvolvimiento del mercado de franquicias y cuáles por el contrario deben potenciarse por aportar resultados positivos, debiendo también revisar su tratamiento a nivel internacional.

Para el correcto desarrollo de esta investigación, así como la consecución de los objetivos trazados, fue aplicada en la investigación una metodología de tipo cualitativa, con la que se describió el fenómeno del contrato de franquicia mediante el análisis de información doctrinal y jurisprudencial, sin entrar a la revisión de datos numéricos o aplicación de instrumentos para la obtención de los datos. Por tal motivo reviste un corte documental, en virtud de que su finalidad fue la revisión bibliográfica sobre el tema, obteniendo la información de fuentes escritas y secundarias nacionales e internacionales para así analizarla, criticarla e interpretarla,[5] de la misma forma comporta un estudio jurídico ya que se analizaron diversos instrumentos jurídicos y doctrina especializada en la materia.

[5] ARIAS, F. (2006). *El proyecto de investigación.* Caracas. Editorial Episteme, p 27.

Asimismo, se usó el método deductivo, en virtud de que se partió de la consideración de los contratos en general para llegar a determinar la naturaleza del contrato de franquicia. De igual forma es de tipo comparativo ya que se confrontaron diversos instrumentos jurídicos y su incidencia práctica en la aplicación de disposiciones del contrato de franquicia. Por tales razones, de la revisión documental y usando los recursos metodológicos antes mencionados se desarrolló la investigación sobre el contrato de franquicia, con el fin de generar un aporte doctrinal en el área que pueda ser punto de inicio para el desarrollo de futuras investigaciones sobre tan importante contrato. Es importante apuntar que, para el estudio de instrumentos jurídicos no nacionales se hizo una revisión documental del ordenamiento jurídico en donde se esclareció el orden de las fuentes del derecho español, para así pasar a revisar los instrumentos jurídicos aplicables a la materia investigada, mediante el uso de la misma metodología.

CAPÍTULO I

Análisis de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia en Venezuela

El tema de las franquicias y su naturaleza, ha sido desarrollado en diferentes investigaciones y abordado desde diferentes ópticas. A efectos de la investigación se hizo referencia a aquellas que guardan mayor relación con el tema. En el ámbito Internacional Silva-Santisteban desarrolló un artículo de investigación denominado "Reflexiones sobre el contrato de franquicia: contrato de colaboración empresarial y diferencias con figuras jurídicas similares", publicado en la Revista Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, que representa un aporte teórico importante a efectos del desarrollo del objetivo, señalando la diferencia del contrato de franquicias respecto a figuras con las cuales se tiende a confundir, o que componen su estructura, como el contrato de *Know-How*. Sin embargo, establece que el contrato de franquicia abarca otros aspectos, además del "saber hacer".[6]

A nivel nacional, Baldò realizó una investigación que llevó por título: "El modelo comercial de las franquicias y la conveniencia de una regulación legal especial en Venezuela". Este trabajo tuvo como objetivo general "analizar el modelo comercial de las franquicias y la conveniencia de una regulación legal especial en Venezuela". De igual forma, trazó como objetivos específicos: a) diagnosticar la situación actual del modelo comercial de las franquicias en

[6] SILVA-SANTISTEBAN, A. (2014). Reflexiones sobre el contrato de franquicia: contrato de colaboración empresarial y diferencias con figuras jurídicas similares. *Revista Economía y Derecho*. [revista en línea], fecha de consulta: 24 de mayo de 2016. Disponible en: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=95633871&lang=es&site=ehost-live

Venezuela; b) definir el contrato de franquicia y sus características; c) establecer los elementos de validez de los contratos de franquicias; d) diferenciar los aspectos álgidos en las franquicias; y, e) identificar los aspectos jurídicos primordiales que generen la necesidad de crear una regulación legal específica de franquicias en Venezuela.

Para el desarrollo de los objetivos antes mencionados, esta autora realizó una investigación descriptiva, documental, monográfica y evaluativa, haciendo uso de los métodos de análisis-síntesis e inducción y deducción. La conclusión que arrojó dicho trabajo investigativo es que las franquicias representan una novedad en virtud de sus ventajas y pocos riesgos, razón por la cual han experimentado un crecimiento. De igual forma en cuanto al contrato de franquicia señala que:

> Es el eje fundamental de la relación existente entre el franquiciante y franquiciado porque en ella se van a convenir los diferentes derechos y obligaciones a los cuales ellos deben atenerse so pena de recisión o resolución del mismo…Así como también, de las normas generales de derecho mercantil, así como de los usos y costumbres mercantiles y dependiendo de la obligación que se trate de alguna legislación especial.[7]

La pertinencia de este antecedente está en que afirma que el contrato de franquicia es la parte fundamental en la relación entre el franquiciante y el franquiciado que sirve como marco para el buen desarrollo del modelo comercial de las franquicias, pero que debe ceñirse a las normas especiales

[7] BALDÒ, M. (2007). *El modelo comercial de las franquicias y la conveniencia de una regulación legal especial en Venezuela*. Trabajo especial de grado no publicado. Universidad Católica Andrés Bello, Barquisimeto, Venezuela.
[Documento en línea], fecha de consulta: 13 de mayo de 2016, disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR1833.pdf

y generales mercantiles, así como a los principios que de ésta rama del derecho se derivan

Igualmente, Yoris desarrolló una investigación que llevó por nombre "Estructura jurídica del contrato de franquicia en Venezuela", en la cual se planteó como objetivo general: "analizar a estructura jurídica del contrato de franquicia". Consecuencialmente, planteó como objetivos específicos: a) precisar la presencia del principio de la autonomía de la voluntad en el contrato de franquicia; b) identificar los elementos esenciales de un contrato de franquicia; c) determinar la existencia de algún medio de regulación para el contrato de franquicia; d) conocer las ventajas y desventajas de una contratación bajo la modalidad de una franquicia; y, e) describir los diversos tipos de franquicias. Para el desarrollo de éstos objetivos, la autora usó una metodología dogmática, de corte documental, descriptiva y analítica.

Las conclusiones arrojadas en cuanto al contrato de franquicia son clasificadas en cuanto a su importancia, señalando que se ha usado como una herramienta eficaz para el desarrollo empresarial, reflejando una marcada autonomía en los elementos característicos que lo conforman. En cuanto a su naturaleza, concluye que es un contrato atípico, consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, *intuito personae*, de adhesión y de índole mercantil.[8] Resulta pertinente el anterior antecedente porque señala de forma específica la naturaleza del contrato de franquicias en relación a la clasificación general de los contratos y a la clasificación de los contratos mercantiles.

[8] YORIS, J. (2003). *Estructura jurídica del contrato de franquicia en Venezuela*. Trabajo especial de grado no publicado. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. [Documento en línea], fecha de consulta: 13 de mayo de 2016, disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ3997.pdf

Los contratos

El Código Civil venezolano establece en su artículo 1133 la definición de contratos. Dicha norma reza que: “el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.[9] Es decir, el contrato es un acuerdo de voluntades que es fuente de obligaciones, a través del cual se establecen una serie de prestaciones y la forma de extinción de aquellas. Sin embargo, en el ámbito mercantil dicha noción posee sus excepciones, porque en el sector de hidrocarburos, por citar un ejemplo, el Estado puede reservarse la potestad de crear sociedades mercantiles unipersonales, en las cuales se encuentra un único accionista, en consecuencia, y de acuerdo a dicho ejemplo señalado, se observa que la convención no necesariamente deba hacerse entre dos o más personas.

Por tal motivo, a efectos de la presente investigación se entenderá como contrato toda aquella convención mediante la cual una o más personas, acuerdan constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir un vínculo que genera obligaciones. En este sentido, se hace necesario definir qué se entiende como contrato mercantil, partiendo de la premisa de que “el derecho mercantil es, fundamentalmente, un derecho contractual”.[10]

[9] Código Civil de Venezuela (1982). *Gaceta Oficial Nº 2.990* (Extraordinario*)*, Julio 26,1982.
[10] MORLES, A. (2006). *Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, p. 2.211.

Características de los contratos

La noción de contrato presenta varias características mencionadas por Maduro y Pittier,[11] como que el mismo representa una convención, en el sentido de que involucra el concurso de voluntades para la producción de un efecto jurídico. No obstante, es de hacer notar que el concepto de contrato en general señalado por los autores antes mencionados, hace referencia a un acuerdo entre dos o más personas. Pero los contratos mercantiles pueden presentar la particularidad de concurrencia de la voluntad de una sola persona como es el caso del Estado venezolano, facultado para constituir una persona jurídica a través de un contrato de sociedad. Por ello, a efectos de la investigación se considera que el contrato necesariamente debe ser un acuerdo de voluntades salvo las excepciones de ley.

Al mismo tiempo, el contrato regula relaciones o vínculos jurídicos de carácter patrimonial, susceptibles de valoración económica, es decir, que el fin del contrato es establecer las condiciones bajo las cuales se regirán las relaciones entre las partes, o cómo será el desenvolvimiento de una persona jurídica. Otra característica enunciada por los autores antes citados, es que el contrato produce efectos obligatorios entre las partes, con lo cual se afirma que las obligaciones deben ser cumplidas tal cual como se han contraído o pactado. El contrato, entonces, presenta la característica de ser fuente de obligaciones y de primar en él la autonomía de la voluntad de las partes,

[11] MADURO, E. y PITTIER, E. (2002). *Curso de Obligaciones. Tomo II*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, p. 525.

siendo ésta última una característica primordial en el caso de los contratos mercantiles.[12]

Clasificación de los contratos

La clasificación de los contratos en general obedece a diversos criterios, Maduro y Pittier establecen la siguiente a saber:[13]

a) Según surjan obligaciones para una o ambas partes. El contrato podrá ser, entonces, unilateral cuando surgen obligaciones para una sola de las partes, o bilateral si surgen obligaciones para ambas. También se encuentra una mixtura entre ambos, dando origen a los contratos sinalagmáticos imperfectos mediante los cuales un contrato se considera *ab initio* como un contrato unilateral que puede, eventualmente, convertirse en un contrato bilateral.
b) Según el fin perseguido por las partes: pueden ser onerosos o gratuitos dependiendo de si ambas partes o una sola de ella procura o persigue una contraprestación valorable econó-micamente.
c) Según el modo de perfeccionamiento: se habla de contratos consensuales, reales y solemnes, dependiendo de los requerimientos para su perfeccionamiento. En el caso de los primeros se perfeccionan con el solo consentimiento; los segundos requieren la entrega de la cosa y, en el caso de los últimos, se necesita del cumplimiento de una formalidad como el otorgamiento de un documento conforme las disposiciones legales.

[12] Al respecto de la clasificación de los contratos vid. AGUILAR, J. (2004). *Contratos y Garantías.* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, p. 168.

[13] MADURO, E y PITTIER, E., op. cit.

d) Según su carácter: son los contratos preparatorios, principales y accesorios. Si su objeto es servir de base para la celebración de futuros contratos, se estará en presencia de los primeros; por su parte, si representan un fin propio, serán contratos principales; y, finalmente, los últimos contratos son los que garantizan un contrato anterior.

e) Según la duración de la ejecución de las prestaciones: contratos de cumplimiento instantáneo, que son aquellos en los cuales las partes cumplen sus prestaciones en un solo momento. También pueden ser de tracto sucesivo, en los que las partes cumplen sus prestaciones con el transcurso del tiempo.

f) Según las normas legales que lo regulan: pueden ser contratos nominados e innominados. Dicho criterio de diferenciación obedece a si los mismos se encuentran expresamente regulados en una norma jurídica o carecen de regulación. La doctrina no es conteste en cuanto al tratamiento de los contratos innominados, en virtud de que al momento de interpretarlos y aplicarles normas supletorias algunos consideran que debe ser absorbido el contrato innominado por el contrato nominado cuyas características predominen en aquel. Otra solución es la combinación de los varios contratos que lo componen, sin embargo, dicha solución es difícil de aplicar a los contratos que son nominados propiamente dichos, para los cuales deberían usarse las técnicas de integración y la posibilidad de hacer uso de las construcciones creadoras.

g) Según la situación de igualdad o no de las partes: pueden ser paritarios o de adhesión, clasificación que responde a la posibilidad de las partes de poder discutir y negociar las condiciones o, si por el contrario, no hay tal posibilidad al no haber posición de igualdad entre ellas, debido a que generalmente una de las partes está en una

posición económica que le permite establecer unilateralmente las pautas de contratación.

h) Según el derecho aplicable: pueden ser contratos públicos y privados. Los primeros son aquellos celebrados por el Estado actuando en su condición de superioridad, como imperio, y los segundos, son aquellos donde las partes son particulares, incluso el Estado, cuando no actúa en uso de las prerrogativas que le asiste su propia situación.

Otra clasificación es la realizada por Messineo (*Apud. Morles, A. (2006))* [14], según la cual los contratos pueden clasificarse en:

a) Contratos que regulan relaciones patrimoniales, familiares.
b) Contratos que proveen a favorecer la circulación de la riqueza: entre los cuales se encuentra los contratos de cambio, dedicados a cumplir prestaciones de dar o de hacer. Se encuentran también los contratos de colaboración, que consisten en desplegar una actividad por una de las partes en concurrencia o conjuntamente con la actividad de la otra, aunque manteniendo su independencia.
c) Contratos de prevención del riesgo y previsión, los cuales corresponden a la clasificación de los contratos aleatorios por la incertidumbre de la que depende su cumplimiento.
d) Contratos de conservación.
e) Contratos dirigidos a prevenir y dirimir una controversia
f) Contratos teniendo por objeto la concesión de crédito
g) Contratos constitutivos de derechos reales.

Para el desarrollo de la investigación fue seguida la clasificación de Maduro y Pittier, pues las franquicias se encuadran en diversas categorías

[14] MORLES, *op. cit*.

dentro de esta tipología. De igual forma, se considera que esta diferenciación de contratos es completa, lo que permite clasificar la figura de la franquicia de mejor forma, a efectos de determinar su naturaleza jurídica. Es necesario destacar que los contratos mercantiles, también poseen una clasificación, desarrollada por Garrigues quien

> propone también otros criterios de clasificación: a) contratos con prestaciones correlativas (bilaterales) y contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes (unilaterales); b) contratos onerosos y contratos gratuitos; c) contratos regulares y contratos irregulares; d) contratos típicos, atípicos y mixtos; e) contratos nominativos e innominados. (*Apud*. Morles. A. (2006).).[15]

Otra clasificación a referir es la separación de los contratos celebrados por comerciantes, –entendidos como aquellos suscritos entre empresas– de los contratos celebrados entre comerciantes y no comerciantes. Cabe destacar que, en el caso de los primeros debe distinguirse si se trata de contratos donde las partes se encuentran en posición de igualdad (consorcio, contratos de colaboración), de aquellos en los cuales la posición de igualdad o subordinación dependen de un acuerdo (arrendamiento financiero, seguros, franquicias), refiriéndose entonces a los contratos de adhesión.[16]

Morles[17] adopta una clasificación en la que afirma que los contratos mercantiles pueden agruparse de acuerdo al tipo de actividad comercial, es por ello que los categoriza como: a) contratos que permiten el financiamiento de la empresa; b) contratos que aseguran suministros y asistencia técnica; c) contratos que facilitan la distribución de productos de la empresa; y, d) contratos de venta de los bienes y prestación de servicios. La segunda

[15] *Ibídem*, p. 2.271.
[16] *Ibídem*, p. 2.272.
[17] *Ibídem*, p. 2.272.

clasificación se considera apropiada para el tema que asiste a este capítulo, ya que prevalece el criterio de la igualdad de condiciones y de subordinación, para dar origen así a los contratos de adhesión, cuyo conocimiento es imprescindible para determinar la naturaleza jurídica del contrato de franquicia. En consecuencia, y a modo de resumir y encuadrar el contrato de franquicia de acuerdo a las clasificaciones anteriores, se puede entender que el mismo es: bilateral, oneroso, consensual, principal, de tracto sucesivo, innominado, de adhesión, privado, de colaboración y de asistencia técnica.

La franquicia como modelo

La palabra franquicia deriva del vocablo “franc”, y tiene sus antecedentes en la Edad Media, con ciertas concesiones o autorizaciones dadas por el soberano para el ejercicio de una actividad. Es por ello que la Real Academia Española define la franquicia como una “concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada”.[18]

Sin embargo, la franquicia tal cual como es conocida hoy en día tuvo su origen en Estados Unidos con la compañía “Singer Sewing Machine Company”[19], la cual estableció una red de concesionarios para facilitar la distribución de las máquinas fabricadas por dicha compañía[20]. Es decir, este

[18] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Edición Tricentenario. [información en línea], fecha de consulta 26 de mayo de 2016. Disponible en http://dle.rae.es/?id=IPOOzfn

[19] MOREJÓN, A. (s/f). El contrato de franquicia. Universidad de Cienfuegos “Carlos Rafael Rodríguez”, República de Cuba. [documento en línea], fecha de consulta: 14 de mayo de 2016. Disponible en: http://www.eumed.net/libros-gratis/2009a/478/

[20] Según Burgos y Fernández los orígenes del modelo comercial de franquicia se derivan de la instauración de la cadena Mc Donald’s, en el año 1949, la cual se considera como la más

modelo comercial surge de la necesidad de solventar un problema de distribución y aumentar la comercialización de un producto. Tal iniciativa pudo deberse a la amplia extensión del territorio de ese país y a la imposibilidad para el fabricante de abarcar la comercialización en todo el territorio. Independientemente de la causa, lo cierto es que ésta iniciativa marcó los inicios del sistema de franquicias.

A su vez, la franquicia se caracteriza por usar un formato que se ha denominado como *format business franchising,* que se traduce en un método para duplicar el negocio[21], que permite prestar un servicio estándar y que ello se traduzca en éxito y beneficio para ambas partes contratantes, es decir; del éxito del franquiciante depende el del franquiciado y viceversa. Para ello, se requiere el cumplimiento de una serie de obligaciones de asistencia técnica, asesoramiento, seguimiento, y cumplimiento de protocolos por las partes. Sin lugar a dudas, tomando en cuenta los aspectos técnicos de dicho sistema, se entiende que el mismo requiere de una estructura y de bases jurídicas para poder desarrollarse. Por ello se habla del modelo de franquicia es un sistema; y, a su vez, se habla del contrato de franquicia como marco para el modelo comercial.

El contrato de franquicia

Este modelo comercial denominado franquicia, como cualquier otro hecho social, requirió la consideración jurídica para su regulación, hallándose

grande por contar con más de 27.000 restaurantes, de los cuales 18.000 han sido iniciados por franquiciados; cfr. BURGOS, G. y FERNÁNDEZ, M. (2010). *La franquicia tratado práctico y jurídico*. Madrid, Ediciones Pirámide.

[21] SILVA-SANTISTEBAN, A., *op. cit.*

apropiada la figura del contrato para ello. Por esta razón, Farina (1993) define la franquicia como:

> [U]na estrategia o sistema de negocio, por el cual un empresario (franquiciante) otorga determinados derechos de uso de una marca y transfiere tecnología para la operación de un negocio de éxito comprobado a otro empresario (franquiciado), a cambio de ciertas cuotas y resultas.[22] (*Apud*. Suescún, C. (2012).)

Ello quiere decir que la franquicia es entendida como una forma de comerciar, en la cual se ubican dos partes: un franquiciante y un franquiciado. Ambas partes se comprometen a cumplir con obligaciones reciprocas; entregar una cantidad de dinero y aportar conocimientos técnicos. Por otra parte, la Cámara Venezolana de Franquicias ha diseñado un código de ética para éstas, y en dicho instrumento se define el término franquicia como:

> un sistema de comercialización de productos, servicios y/o 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 una obligación, de llevar a cabo una explotación de conformidad con el concepto de negocio desarrollado por el franquiciante.[23]

Con esta definición, la Cámara Venezolana de Franquicias aporta elementos importantes al señalar que es imprescindible que la persona del franquiciante y franquiciado sean distintas y, sobre todo, independientes,

[22] SUESCÚN, C. (2012). Análisis de contrato de franquicia en la Sociedad Anónima venezolana. *Repositorio Institucional Saber.ula.ve*. [documento en línea], fecha de consulta: 23 de enero de 2015. Disponible en: erevistas.saber.ula.ve/index.php/…/4123
[23] *Ídem*.

pues ante la ausencia de la no subordinación se estará hablando de otro tipo de negocio jurídico.

Ahora bien, como se destacó en los párrafos precedentes, el modelo de franquicia dio origen a su contrato, pero puede afirmarse que, para que pueda producirse el modelo, primero debe existir un acuerdo entre las partes de someterse a unas obligaciones derivadas de la concesión de una franquicia. Es por ello que Natera opta por definir el contrato de franquicia como: "aquel contrato por el cual una empresa, a cambio de un canon, concede a otras empresas el derecho a utilizar su razón social y su marca para la venta de productos o servicios" (*Apud*. Suescún, C. (2012).)[24]. Es de notar, que de acuerdo a ésta definición las partes del contrato no se circunscriben a una sociedad mercantil, entendiéndose que las partes; franquiciado y franquiciante, deberán ser empresas.

En este mismo orden de ideas, la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia (PROCOMPETENCIA) define el contrato de franquicia como un

> …contrato a través del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprenden por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o medios de transporte objeto del contrato, la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un *know how*, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial y/o técnica durante la vigencia del acuerdo[25]

[24] *Ídem*.

[25] Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia. (Resolución N° SPPLC-038-99), Ministerio de Industria y Comercio, Superintendencia para la Promoción y Protección de

En torno a ésta definición surge un aspecto importante, franquiciante y franquiciado son empresarios, en consecuencia comerciantes diferentes, pudiendo adoptar, cualquiera de ellos, la figura de comerciante individual o colectivo. Otro elemento que se destaca es que es la empresa, en caso de tratarse de una sociedad mercantil, la que otorga el derecho a la explotación de productos o servicios, no lo hace el individuo, sino éste en representación de la sociedad. Con respecto al término cesión, el mismo es discutible –y cuyo sentido será abordado *a posteriori*– pues al acordarse la franquicia no existe una cesión de derechos sino una licencia de uso.

En consonancia con las afirmaciones esbozadas *supra*, la franquicia es un contrato mercantil en el que ambas partes contratantes son comerciantes, en consecuencia, es regulado por el derecho mercantil y se cataloga como un acto de comercio. Pero esto implica preguntar si es un acto de comercio objetivo o subjetivo. En virtud de no estar incluido en el listado referido en el artículo 2 del Código de Comercio venezolano, mal podría considerarse como un acto de comercio objetivo. Al ser Venezuela partícipe del sistema mixto de los actos de comercio, es posible que actos realizados por comerciantes fuera de la enumeración de la norma indicada puedan ser actos de comercio. Por ello puede afirmarse que el contrato de franquicia es un acto de comercio en sentido subjetivo.

Por otro lado, la tendencia apunta a considerar la franquicia como un contrato de colaboración empresarial, siendo que el mismo se encuentra ampliamente relacionado con los conceptos de confianza y cumplimiento de prestaciones recíprocas y, a su vez, con una duración en el tiempo. Por otro lado, la bilateralidad es otro de sus elementos. Yendo más allá de la

---

la Libre Competencia) (1999, julio 09). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.431* (Extraordinaria), Enero 7, 2000.

necesidad de dos partes, en el contrato de franquicia se presenta la necesidad de que éstas representen a empresarios distintos e independientes, con el fin de evitar confusiones con otras figuras jurídicas. Aun así, debe tenerse en cuenta que dentro de la clasificación de los contratos mercantiles, el contrato de franquicia comporta un contrato donde la relación de igualdad o de subordinación entre las partes dependerá de cada acuerdo en particular.[26]

Como todo contrato, el de franquicia requiere del cumplimiento de prestaciones, bien sean de dar, de hacer o de no hacer. El franquiciante, por una parte, se compromete desde la concesión del derecho de explotar un negocio, pasando por la entrega de conocimientos técnicos y la asesoría sobre un modelo o formato de negocios. Por la otra, el franquiciado se obliga al pago de la cantidad convenida y a cumplir con las instrucciones y limitaciones previamente establecidas. En consecuencia, es el contrato de franquicia un contrato oneroso y de tracto sucesivo, ya que las prestaciones recíprocas no se cumplen de manera inmediata, sino que se van ejecutando con el transcurrir del tiempo, de forma progresiva.

El modelo de franquicias consiste, básicamente, en que el franquiciante permita al franquiciado desarrollar un modelo de negocio de su invención y para ello se regulan dichas relaciones mediante un contrato. Es lógico pensar que el diseñador del modelo de negocios tenga cierta posición de superioridad con respecto al comerciante que paga por desarrollar dicho modelo, porque el primero es quien establecerá las pautas para contratar y el segundo se limitará, en principio, a aceptarlas, teniendo en cuenta que el modelo que desarrolló el franquiciante da ciertas garantías de éxito.

[26] MORLES, A., *op. cit.,* p. 2.273.

De acuerdo a lo expuesto, se puede apreciar que la franquicia se trata de una variable del contrato de adhesión, en el que el franquiciado, en la mayoría de los casos, está en un posición desfavorable a la hora de discutir las condiciones dispuestas por el franquiciante, quien desde su posición de ventaja, justificada por la naturaleza de sus obligaciones y las características del negocio ideado, puede establecer las condiciones de contratación e, inclusive, de elegir a sus franquiciados, por ello el franquiciante solo decidirá si se pliega, o no, a las condiciones propuestas por el franquiciante.

En última instancia, se debe apuntar que el contrato de franquicia es un contrato atípico pues no posee regulación expresa en una norma jurídica, al menos en Venezuela. Por esta razón en dicho contrato impera la autonomía de la voluntad, limitada por el cumplimiento de cualquier otra norma específica que sea exigida[27]y, por supuesto, los límites derivados de las disposiciones que regulan el orden público. Hay que destacar que la evolución de las franquicias se debe en gran parte a esta ausencia de regulación que ha permitido a las partes el tener amplia autonomía para establecer las pautas del vínculo que los rige.[28]

Elementos del contrato de franquicia

Establecido lo anterior, y teniendo claro que la franquicia surge a través de las manifestaciones de voluntades plasmadas en un contrato, la misma tendrá, como todo contrato, una serie de elementos que se describen a continuación:

[27] SUESCÚN, C., *op. cit*
[28] SILVA-SANTISTEBAN, *op. cit.*

Los elementos generales de fondo

Referidos a aquellos que deben estar presentes en todo contrato, es decir: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa. La capacidad se refiere a la aptitud jurídica para ser parte en el contrato. Para ello deben aplicarse las reglas generales del ordenamiento jurídico en materia de capacidad, así como las establecidas en la legislación especial en cuanto a la posibilidad de los niños, niñas y adolescentes para ejercer el comercio o ser parte de una sociedad mercantil. En cuanto al consentimiento, se exige que el mismo sea dado de forma inequívoca y con ausencia de vicios. En cuanto a este último elemento se debe tener en cuenta que el contrato de franquicia presenta la particularidad de ser *intuitu personae*, lo cual quiere decir que se contrata con una determinada persona (natural o jurídica) en virtud de que esta presenta un perfil específico, con unos conocimientos, una experiencia y determinada formación previa, por ello pudiera considerarse la existencia del error en la persona como un vicio del consentimiento que ocasionaría la nulidad del contrato.

El tercer elemento general de fondo es el objeto. Este es "la prestación, actividad o conducta que una de las partes (franquiciado) se compromete a realizar en beneficio de la otra (franquiciante)"[29]. Finalmente, el cuarto elemento general de fondo es la causa del contrato. En el caso del de franquicia, la causa está referida al fin por el cual se otorga el consentimiento y que debe estar informada por el orden público y las buenas costumbres.

[29] YORIS, J., *op. cit*., p. 36.

Elementos especiales o esenciales

Se trata de aquellos que componen la particularidad del contrato de franquicias y que lo diferencian de otros,[30] ellos son: a) la territorialidad: que tiene que ver con la delimitación del ámbito territorial donde el franquiciado desarrollará su actividad. Dicho elemento conforme a Lázaro no corresponde a uno esencial del contrato, no obstante determina la eficiencia económica dentro de la red en beneficio del franquiciado[31]; b) la no competencia: que se refiere a la imposibilidad del franquiciado de realizar cualquier actividad de competitividad con el franquiciante c) plazo de duración del contrato: el contrato no es indeterminado, por ello se fija un plazo de duración que generalmente es un tiempo considerable y suficiente para recuperar la inversión que ha hecho el franquiciado, con posibilidades de renovación. d) El activo intangible: referido a "los signos distintivos de la empresa: marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, emblemas y lemas comerciales, así como a modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, 'know-how' o patentes";[32]y, e) el precio, que no es sino la contraprestación que debe pagar el franquiciado por el uso del activo intangible y que, por supuesto, se corresponde a la característica de onerosidad, ya abordada con anterioridad.

[30] MOREJÓN, A., *op. cit*., p. 28.

[31] LÁZARO, E. (2000). El contrato de franquicia (aspectos básicos), *Revista Anales de Derecho*, N° 18, pp. 91-116.

[32] *Ibídem*, p. 25.

Elementos formales

No se encuentra establecido en ninguna norma específica que el contrato de franquicia deba cumplir con alguna formalidad. Sin embargo, entendiendo la especialidad, tecnicidad y cantidad de aspectos a regular del mismo, puede deducirse que, en principio, debe excluirse la forma oral y plasmarse la voluntad por escrito. Asimismo, al escogerse la forma escrita para este contrato podrá sujetarse a las formalidades contenidas en las leyes de la República que afectan la capacidad contractual y, de ser el caso, las normas contenidas en las leyes que regulan el registro público y el notariado. En cuanto al tema de la escrituralidad del contrato se ahondará con posterioridad en el desarrollo de la investigación.

Elementos eventuales

Se refieren a ciertos acuerdos que pudiesen estar presentes en el contrato pero que dependen de los pactos alcanzados por las partes. Entre ellos se encuentran: a) las cláusulas de suministros: las cual se establecen para que la prestación del servicio o el producto sea homogéneo; b) los acuerdos en cuanto a la publicidad y mantenimiento de una imagen uniforme; c) los acuerdos de confidencialidad, los cuales pueden extenderse incluso por un lapso posterior a la terminación del contrato; d) la exclusividad: usada comúnmente y relativa al destino de las instalaciones para la comercialización de productos exclusivos de la franquicia. Además de todo lo anteriormente mencionado, pueden las partes convenir una serie de acuerdos que rijan su relación contractual con base al principio de la autonomía de la voluntad.

De estos elementos eventuales, merece la pena hacer hincapié en la confidencialidad. La misma se ubica en lo que la doctrina llama secreto empresarial. Este elemento está asociado al éxito del negocio, pues al ser desconocidos por el público los métodos o preparaciones desarrolladas por el franquiciante, éstos adquieren valor. En caso contrario, si los métodos, procesos o preparaciones fuesen conocidos por todos, carecería de importancia la franquicia y perdería su elemento económico, *ergo*, su relevancia. En consecuencia del antes mencionado, el contrato conlleva un elemento interno de confianza, la cual es depositada en el franquiciado, quien se compromete a no divulgar secretos o fórmulas, y que se une al carácter *intuito personae*, en donde la confianza es elemental para el funcionamiento de la franquicia.

Diferencia entre el contrato de franquicia y otros contratos de colaboración empresarial

Es común confundir el contrato de franquicia con otras figuras contractuales; ello es consecuencia de que el primero comprende algunos elementos característicos de otros contratos. Resulta de gran relevancia poder diferenciar una franquicia de falsas franquicias o de franquicias aparentes. Así, a continuación se realizará una explicación sobre la franquicia y sus diferencias con el contrato de licencia de uso de marca; de igual forma, la distinción con el contrato de *know-how* o saber hacer. También se expresarán los elementos que distinguen la franquicia del contrato de distribución, el *joint venture* y el contrato de agencia.

La franquicia y el contrato de licencia de uso de marca

El contrato de licencia de marca es aquel mediante el cual el titular de una marca autoriza a otro para su uso, es decir, para su explotación comercial, sin perder la titularidad sobre la misma. La marca es aquel

> 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, aquéllos con los cuales comercia o su propia empresa. La marca que tiene por objeto distinguir una empresa, negocio, explotación o establecimiento mercantil, industrial, agrícola o minero, se llama denominación comercial.[33]

Ello quiere decir que es posible, previo al cumplimiento de los procedimientos administrativos ante el organismo encargado de llevar el Registro de la Propiedad Industrial, autorizar el uso de los signos distintivos de un producto a otra persona natural o jurídica. A simple vista pudiese confundirse con el contrato de franquicia. Sin embargo, al estudiar con detenimiento las relaciones entre ambos se evidencia que dentro d contrato de franquicia se subsume el uso de la marca, pero incluye otros aspectos aparte de este, sin embargo puede existir un contrato de licencia de marca sin que se trate de una franquicia.

La franquicia y el contrato de know-how

El contrato de *know-how* es entendido como:

[33] Ley de Propiedad Industrial (1982). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Nº 25.227* (Ordinaria), diciembre 10,1982.

> aquel acuerdo en virtud del cual una de las partes (licenciante) autoriza a otro (licenciatario) para que utilice, según lo convenido, un conjunto de informaciones y/o conocimientos técnicos valiosos, útiles y novedosos, no patentados, guardados en régimen de confidencialidad que le permiten la obtención de ventajas competitivas.[34]

La traducción literal al castellano de esta locución inglesa es "saber cómo". La misma comporta un conjunto de conocimientos imprescindibles para llevar a cabo un proceso comercial y que no están protegidos por una patente. De manera tal que el contrato de *know-how* supone la transferencia de conocimientos técnicos o comerciales sobre un determinado negocio. Nuevamente, el contrato de franquicia sobrepasa tal concepción, ya que no sólo abarca la transmisión de fórmulas, procesos, métodos de prestación de servicios o bienes, sino que incluye otros aspectos como la marca, asesoría legal, publicidad, capacitación, suministro e inclusive supervisión.

Tal como fue apuntado, el *know-how* no abarca conocimientos prácticos registrados, puesto que si fuese así, éstos formarían parte de la patente como derechos de propiedad industrial que serán autorizados para el uso del franquiciado. Este criterio es sostenido por la Superintendencia para Promover y Proteger la Libre Competencia [35] que el *know-how* se caracteriza por ser secreto, sustancial e identificado con la finalidad de poder ser objeto de protección y delinear su uso dentro del contrato y tiene que haber sido objeto de verificación por el otorgante.

---

[34] SILVA-SANTISTEBAN., *op. cit.*, p. 94.

[35] Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia. Ministerio de Industria y Comercio. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia., o*p. cit*.

La franquicia y el contrato de distribución

En sus inicios, la franquicia fue concebida para resolver problemas de distribución de productos y servicios. Sin embargo, los franquiciantes de esa época se percataron que dicho modelo era potencial de generación de utilidades.[36] A pesar de que el contrato de franquicia hoy en día implica la distribución de bienes y servicios, ya no se circunscribe únicamente a esa actividad. De acuerdo con Santisteban, por contrato de distribución puede entenderse aquel en donde el propietario del negocio autoriza y transfiere sus productos en venta o suministros al agente para que este los suministre o los venda.[37] De la definición anterior no se infiere ningún aspecto referente a la asistencia técnica o relacionado con el saber hacer como característica del contrato de franquicia.

La franquicia y el contrato de joint venture

El *joint venture* es un contrato que se define como una "colaboración entre empresas para la realización de un proyecto o actividad determinados, que se caracteriza porque las partes mantienen su autonomía y comparten el control sobre el negocio común"[38]. La diferencia de éste con el contrato de franquicia radica en la asunción de los riesgos, en el primero de los casos las ganancias y pérdidas son asumidas por ambas partes, mientras que el en el último, los riesgos son asumidos por el franquiciado.

[36] GONZALEZ, E. y GONZALEZ, R. (1992). *Franquicias: La revolución de los 90.* México, Editorial McGRAW-HILL, p. 4
[37] SILVA-SANTISTEBAN., *op. cit*.
[38] MICHAVILA, A, (2014). La joint venture contractual en el ámbito internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* N° 27, pp. 1-62.

La franquicia y el contrato de agencia

El contrato de agencia también se encuentra dentro de la clasificación de los contratos de colaboración empresarial. Se entiende como aquel contrato por el cual el agente se obliga frente al agenciado a promover, negociar y realizar negocios por su cuenta, pero lo que lo caracteriza es la independencia y la no exclusividad[39]. En este sentido se puede afirmar que existe una marcada diferencia con el contrato de franquicia respecto a la independencia, pues en esta, el franquiciado se compromete a cumplir con pautas establecidas por el franquiciante para la prestación de servicios, actividad que ejerce, además, exclusivamente con los productos del franquiciado.

Partes involucradas en el contrato de franquicia:

Abordado todo lo anterior, se debe establecer los sujetos que intervienen en la manifestación contractual de voluntad de iniciar una franquicia. En este sentido, la bilateralidad del contrato de franquicia supone la existencia de dos partes: Franquiciante y franquiciado.

El franquiciante:

La figura del franquiciante puede ser entendida como: “titular de un nombre comercial, de una marca o signos distintivos de diseños o emblemas

[39] SILVA-SANTISTEBAN., *op. cit.*, p. 98.

con que identifica a su empresa o negocio"[40] Ello quiere decir que se trata de aquella persona dueña de los derechos intelectuales e industriales derivados de un modelo de franquicia, que ha decidido expandir mediante el otorgamiento a un tercero de una licencia para explotar dicha actividad[41]. La persona del franquiciante puede tratarse de una natural o una jurídica, pues no existen limitaciones en cuanto a éste aspecto. No obstante, en cuanto a la magnitud que amerita un negocio franquiciable, es lógico pensar que aquel deba resguardar su responsabilidad personal mediante la constitución de una persona jurídica, además que está dentro de las posibilidades permitidas por el derecho, quien otorga personalidad y, en consecuencia, capacidad jurídica, a este tipo de entidades.[42]

En cuanto a la persona del franquiciante, se afirma que éste debe reunir ciertas características:

> [1] que sea propietario de unos derechos de marcas, emblemas, logotipos, (hacer saber), etc. 2. Prestigio por su nombre, por la calidad de sus productos o servicios, por su tecnología. 3. Éxito en su actividad. El franquiciador ha puesto a punto y explotado su concepto en una o varias unidades pilotos. 4. Experiencia sólida. La experiencia viene dada por antigüedad o número de años en el ejercicio de la actividad con resultados satisfactorios. 5. Dedica recursos humanos y financieros a la investigación y desarrollo con el fin de asegurar el desarrollo y la continuidad de su concepto. 6.

[40] PEÑA, L. (2003). *De los contratos mercantiles.* Bogotá*,* Colombia. Ecoe Ediciones, p. 234.
[41] El código ético de las franquicias en Venezuela ha afirmado que el franquiciante es el iniciador de la red, y quien ejerce labores de supervisión de la misma. El código carece de coercibilidad, pues se trata de normas de carácter ético, no vinculantes, desarrolladas por la Cámara Venezolana de Franquicias, sin embargo se entiende que aquellas franquicias que formen parte de dicha organización deben seguir el mencionado código y su práctica es común y frecuente, a través de la inclusión en los contratos de franquicia.
[42] Ello conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 19 del Código Civil venezolano.

> Organización adecuada. 7. Deseo de expansionarse con inversiones reducidas.[43]

El franquiciante (persona natural o jurídica) debe presentar dichas características, yendo de la mano la cualidad de la persona con la posibilidad de franquiciar un negocio, o lo que se conoce como "franquiciabilidad". En este mismo sentido, el contrato de franquicia, por ser *intuitu personae*, presupone la importancia de la persona con quien se contrata, cuestión que se traduce en la experiencia, éxito y organización, por lo que el franquiciado decide contratar con esa persona determinada, cualidades sin las cuales es posible que el negocio no se hubiese concretado[44].

El franquiciado:

El franquiciado será aquella persona natural o jurídica diferente al franquiciante que decide contratar con el franquiciante para la explotación de un negocio de éste, pagándole un precio. Todo ello en los términos previstos en el contrato. El código de ética recomienda la selección del franquiciado bajo los siguientes parámetros: "un franquiciante deberá seleccionar y aceptar como franquiciados únicamente aquellos que, luego de una investigación razonable parecieren tener, según considere dicho franquiciante, las habilidades básicas, formación, cualidades personales y recursos financieros, suficientes para desarrollar el negocio de franquicia".[45]

---

[43] YORIS, J., *op. cit*., p. 40.
[44] QUILES, C., GAST, O. y GAJO, J. (1992). *Introducción a la franquicia.* Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Valencia, España, p. 23.
[45] NÚÑEZ, R. (2004). *El contrato verbal de franquicia.* Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, p. 129.

La persona del franquiciado debe reunir condiciones que, a juicio del franquiciante, permitan el buen desarrollo del negocio. Es importante destacar, que el franquiciado es una persona independiente, por lo cual no se debe entender que el contrato de franquicia origine relaciones laborales. De igual forma se destaca la figura del franquiciado principal, ello en virtud de la posible existencia de un acuerdo de franquicia principal, mediante el cual a cambio de un pago el franquiciante otorga a aquel el derecho de explotar la franquicia celebrando acuerdos con terceros, es decir con otros franquiciados[46]. La función del franquiciado principal sería la captación de franquiciados que, a su vez, exploten dicho modelo comercial creado por el franquiciante.

Obligaciones de las partes en el contrato de franquicia

Todo contrato, independientemente de su denominación o naturaleza, implica la existencia de obligaciones para las partes. Como se especificó con anterioridad, el contrato de franquicia se entiende como un contrato bilateral porque crea obligaciones para ambas partes: el franquiciante y el franquiciado. Dependiendo de la clase de negocio a desarrollar, un contrato dispondrá obligaciones específicas, las cuales se adaptarán a cada tipo de actividad. Hay obligaciones generales, que las partes deben observar en el desarrollo de sus actividades con ocasión al desarrollo de un modelo de negocio de franquicias. Estas obligaciones se refieren más a ciertos aspectos éticos en el actuar del franquiciante y franquiciado, así como a normas de

[46] Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia. Ministerio de Industria y Comercio. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia., *op. cit.*

conducta que deben servir de marco para el cumplimiento e interpretación del clausulado del acuerdo celebrado entre las partes.

Obligaciones del franquiciante:

Ante la inexistencia de una regulación específica para el contrato de franquicia, al menos en Venezuela, la definición de las obligaciones que atienden a las partes requieren acudir a la doctrina y a las normas éticas que procuran dictar lineamientos en la materia. Es así como, en el Código de ética para las franquicias se señalan las siguientes obligaciones para el franquiciante:

> i. Haber explotado con éxito un concepto de negocio, durante un periodo de tiempo razonable y, como mínimo, una unidad piloto antes de poner en marcha la red de franquicia. ii. Ser el propietario, o tener derechos legales de uso del nombre comercial, marca comercial, logos y otros derechos de propiedad intelectual que identifiquen su sistema de franquicia. iii. Proporcionar a sus franquiciados: a) Los manuales de operación, técnicos, y comerciales del negocio a franquiciar, y b) La capacitación y asistencia comercial y/o técnica que el franquiciado requiera durante toda la vigencia del contrato bajo las condiciones previstas en el respectivo contrato de franquicia.[47]

Es decir, que el franquiciante deberá proveer al franquiciado los conocimientos necesarios para el inicio del negocio, ello implica la transmisión del *know-how* debiendo transferirse por escrito mediante soportes o manuales, aunado a ello al ser la franquicia un contrato de tracto sucesivo, ésta obligación subsiste a lo largo de toda la relación entre las partes, pudiendo sintetizarse ésta obligación del franquiciante como el deber

[47] NÚÑEZ, R., *op. cit.,* p. 126.

de dar manuales del *know-how* y dar asistencia permanente. Al respecto, apunta Soto que:

> la obligación respecto al know-how asumida por el franquiciante no se agota con dicha transferencia al inicio del contrato, sino que se dilata durante toda la vida del mismo como consecuencia de la existencia de un deber de prestar al franquiciado una labor constante de formación y asistencia suficiente, y comunicación de experiencias, constituyéndose ésta como una obligación necesaria y complementaria de la propia transferencia del know-how y, en consecuencia, junto con dicha transferencia, la médula del contrato[48].,

En éste orden de ideas, el deber de asistencia no basta, sino que, además, el franquiciado debe comprobar que el negocio que ofrece tiene oportunidad de ser exitoso pues no todos los negocios son franquiciables[49]. A estas obligaciones se pueden añadir, de modo general, la de suministrar un estudio de mercado de la zona, que avale las proyecciones de ganancias.[50] Por otro lado, se pueden considerar adicionalmente como obligaciones del franquiciante el respeto a la exclusividad territorial del franquiciado.

Igualmente, en España, la doctrina habla de la obligación de supervisión por parte del franquiciante hacia el franquiciado. Esto puede interpretarse como una protección al resto de franquiciados y a la red, y garantiza que el seguimiento de las pautas y normas impuestas por el franquiciante. De igual

---

[48] SOTO, A. (2013). Franquicia, *know-how* y propiedad industrial. *Newsletter Comité de Expertos en Franquicia de la AEF*. [revista en línea], fecha de consulta 07 de abril de 2017. Disponible en: http://www.abogadosdefranquicia.com/newsletter/mayo2013.htm

[49] Según González y González, hay ciertos principios para considerar que un negocio es franquiciable, lo cual se traduce en que no todos lo son. Estos elementos a revisar se refieren al reconocimiento de la marca, rentabilidad del negocio, que el producto o servicio satisfaga necesidades reales del mercado, antigüedad del negocio, posibilidad de estándar del *know-how*, entre otros; cfr. GONZÁLEZ y GONZÁLEZ. (1992), *op. cit.*

[50] PEÑA, L., *op. cit*., p. 237.

forma Burgos y Fernández[51] consideran que éste deber se deriva de una protección al mismo franquiciado (supervisado), que determina que éste está haciendo o no lo correcto.

Obligaciones del franquiciado:

Entre las obligaciones del franquiciado se encuentran: dedicar sus mejores esfuerzos para:

> a) lograr el crecimiento exitoso para su negocio de franquicia, b) consolidar las marcas y derechos de propiedad intelectual que identifiquen a la franquicia, dentro de la zona de cobertura establecida en el respectivo contrato de franquicia, y c) conservar la identidad y la reputación común del sistema de franquicia. [52]

Con esto se quiere apuntar que el franquiciado, aparte de cumplir con las obligaciones impuestas en el propio contrato, debe adoptar la conducta de un buen padre de familia en el ejercicio de la actividad comercial, teniendo presente que de su actuar depende el éxito tanto de su negocio como el de toda la red de franquicias, atendiendo a los principios básicos de la teoría general de los contratos, obligación que se encuentra enmarcada en Código Civil Venezolano.

El código de ética de la franquicia, ya citado, ilustra también las obligaciones del franquiciado. Una de ellas es la de informar al franquiciante sobre aspectos tales como: “a) datos operativos, a los fines de determinar el funcionamiento de la franquicia, y, b) los estados financieros orientados para

[51] BURGOS, G. y FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*
[52] NÚÑEZ, R., *op. cit.,* p. 127.

orientar una gestión efectiva."[53] De lo anterior cabe decir que una sociedad mercantil dedicada a la explotación comercial mediante el modelo de franquicia, tendrá, además de las obligaciones de exhibir estados financieros a sus accionistas y presentarlos ante el Registrador Mercantil respectivo, la obligación de exhibirlos al franquiciante. Es de hacer notar que por tratarse de principios rectores, o normas de tipo ético, carecen de una sanción específica. Sin embargo el mismo código deontológico señala que el contrato de franquicia debe ajustarse a éste, en cuyo caso pudiesen preverse sanciones ante el incumplimiento del deber de informar.

Otra de las obligaciones del franquiciado es permitir la supervisión al franquiciante supervisar su actividad. Por ende, el franquiciado de permitir el acceso a los locales, así como a documentos necesarios que permitan corroborar el correcto desenvolvimiento del negocio. Con ello se observa la obligación adicional de los franquiciados quienes, aunado al hecho de permitir supervisiones por parte de funcionarios gubernamentales (autoridades administrativas o judiciales), deben dar acceso al franquiciante o personal que el designe. Sin embargo, al respecto se estudiará más adelante la viabilidad jurídica de éste deber del franquiciado con arreglo a las normas venezolanas. Dicha obligación tiene su razón de ser,

> "en el hecho de poder prestar de manera constante y permanente una asesoría y capacitación técnica acorde a las realidades que afronta cada unidad franquiciada, pues sólo a partir del desarrollo de mecanismo de control, de inspecciones, de visitas con compradores misteriosos, se puede realizar una evaluación de los estándares y desempeño del negocio franquiciado. Por ello debe

[53] *Ibídem,* p. 127.

> permitirse además, el acceso a la posibles fallas en el sistema y así implementar los correctivos a que hubiere lugar."[54]

Por último, el referido código, así como la doctrina, refiere una obligación de confidencialidad, debido a que el franquiciado no podrá revelar ni durante, ni después a la culminación del contrato cualquier tipo de información como manuales operativos, técnicos o comerciales, puesto que esta serie de elementos tienen carácter patrimonial y en caso de ser conocidos por todo, anularía el sentido de la existencia del negocio franquiciado, y haría nugatorio el pago por esos conceptos en futuras negociaciones, pues el *know-how* dejaría de ser de exclusivo manejo del franquiciante al ser accesible a todo el que así lo quisiese.

Aunado a las obligaciones morales, algunos autores añaden otro tipo de obligaciones que deberían encontrarse pautadas en el convenio. El franquiciante tendría el deber de no competir con el franquiciado comercializando los productos con fórmulas similares, ni suministrar los productos objeto de la franquicia a terceras personas para su ulterior comercialización, ni desarrollar las campañas publicitarias, o ejercer contra infractores las acciones legales, en materia de propiedad intelectual e industrial, a que haya lugar en caso de lesiones a la red de franquicias, proteger el *know-how.*[55]

Respecto a las obligaciones del franquiciado, se considera necesario incluir las siguientes, sumadas a las particulares de cada contrato: respetar los límites territoriales, lo que supone no ejercer la actividad fuera del territorio señalado en el contrato, pues traería como consecuencia la lesión a

[54] SUESCÚN, C., *op. cit.,* p. 109.
[55] QUILES, C., GAST, O. y GAJO, J., *op. cit.,* p. 23.

la sana competencia entre los franquiciados de la red; de igual manera, cualquier cambio de la ubicación del local debe ser consentido por el franquiciante, en cuanto a los productos, el franquiciado debe comprometerse a no vender, ni hacer uso de productos de la competencia del franquiciante dentro de los locales, salvo pacto en contrario.

De la misma forma deberá el franquiciado comprometerse, salvo pacto en contrario a usar los productos fabricados por el franquiciante o por las personas designadas por éste, para garantizar el estándar en la prestación del servicio, siempre que ello no vaya en contra de las normas protectoras a la libre competencia. Tendrá que ser diligente en la prestación del servicio o venta de los productos, no adquirir acciones en empresas de la competencia, notificar al franquiciante cualquier infracción que lesione los derechos de propiedad industrial o intelectual a fines de que éste ejerza las acciones legales correspondientes. De igual forma, deberá realizar oportunamente los pagos al franquiciante por concepto de publicidad, regalías entre otros.[56]

Tipos de Franquicias

Se distinguen seis tipos de franquicias, dicha clasificación atiende al tipo de actividad que realizará el franquiciado. De acuerdo a ello las franquicias pueden ser:

[56] *Ibídem,* p. 24.

De producción o industrial

De acuerdo a Burgos y Fernández, en éste tipo de franquicia coincide que el franquiciante cumple el papel de fabricante de los productos que comercializarán sus franquiciados.[57] Otra es la concepción de éste tipo de franquicia dada por el Tribunal de las Comunidades Europeas, al decidir el caso PRONUPTIA. Para éste, la franquicia de producción es aquella donde: "el franquiciado fabrica por sí mismo, según las indicaciones del franquiciante productos que vende bajo la marca de este".[58] Es decir que en éstas, el franquiciante otorga licencia de asistencia técnica y la patente de la producción, invierte en tecnología, y el franquiciado en la creación de unidades productivas.

De distribución

Mediante las cuales el franquiciante, ya posicionado en el mercado, permite que sus franquiciados se instalen en el mercado, mediante el uso de los signos distintivos y los procedimientos que han generado su éxito en el mercado[59]. Se refiere a la venta al por menor de productos ya transformados, los cuales son seleccionados previamente por el franquiciado siguiendo órdenes del franquiciante.[60] Sin embargo, se debe acotar que éste tipo de franquicias no se tratan una mera licencia de marca, ya que; como se explicó con anterioridad, la franquicia engloba aspectos técnicos como el *know-how.*

[57] BURGOS, G. y FERNÁNDEZ, M., *op. cit*., p. 46.
[58] CARDELUS, L. (1988). *El contrato de franchising.* Barcelona, España. Promociones e Publicaciones Universitarias, p. 38.
[59] *Ibídem,* p. 38.
[60] QUILES, C., GAST, O. y GAJO, J., *op. cit.,* p. 19.

De servicios

En las cuales el franquiciado ofrece un servicio amparado bajo el signo comercial o marca del franquiciante y de acuerdo a la metodología indicada por éste.[61] Un ejemplo de ello sería el servicio de tintorería, mediante el cual se presta éste conforme a una metodología estándar reconocida por los clientes. En Venezuela se hallan tintorerías como Quick Press, que se puede enmarcar dentro de esta clasificación, y está posicionada en el mercado nacional.

Franquicia industrial

Entendida ésta como aquella en donde el franquiciante cede tecnología, procedimientos, métodos, fórmulas y materia prima para fabricar un producto que previamente ha obtenido una licencia de marca[62] y, en el caso venezolano, también debe haberse obtenido la respectiva patente.

Franquicia Corner

Son aquellas que desarrollan su actividad dentro de otro establecimiento más grande que a su vez puede tratarse de una franquicia o no, siendo ambos establecimientos independientes en cuanto a los productos que

[61] CARDELUS, L., *op. cit.,* p. 38.
[62] BURGOS, G. y FERNÁNDEZ, M., *op. cit*., p. 47.

comercializan, como en torno a las técnicas y métodos de comercialización usados. [63]

Master Franquicia:

Se trata ésta de una especie de intermediación para la captación de franquiciados por parte de un franquiciado principal, y es definida así:

> se llama franquicia master o máster franquicia aquella que se desarrollará y extenderá en un país, comunidad o región determina, mediante la cesión de derechos para hacerlo, concedidos por el franquiciador a un franquiciado llamado franquiciado principal y que tendrá, en el territorio pactado para el desarrollo de la máster, el papel de franquiciador; pudiendo por lo tanto captar en su mercado franquiciados para el cumplimiento de los compromisos cerrados en el master franquicia.[64]

[63] *Ídem*.
[64] *Ídem*.

CAPÍTULO II

Principales limitaciones derivadas de la regulación jurídica del contrato de franquicia en Venezuela

El contrato de franquicia no se encuentra tratado directamente por la norma mercantil por excelencia, la cual es el Código de Comercio. Sin embargo; la realidad ha creado condiciones que el legislador ha identificado como propicias para regular de forma indirecta dicho contrato mediante normas cuya finalidad principal es reglar otro tipo de actividades o relaciones, tales como: el ejercicio de la libre competencia, las relaciones derivadas del contrato de trabajo, la actividad bancaria, la propiedad industrial entre otras. En todas puede encontrarse una sociedad mercantil o un comerciante individual desenvolviéndose bajo el modelo de la franquicia.

Al respecto, y a modo de antecedentes de la investigación en el ámbito internacional, se observa que Kaplan realizó un trabajo de investigación que lleva por nombre “Franquicia y la libre competencia”, el cual fue publicado en la Revista Electrónica de Derecho Comercial, cuyas conclusiones son importantes para el desarrollo del objetivo y entendimiento de las conductas normales en el ejercicio de la franquicia que no deben ser consideradas como prácticas concertadas[65]. En cambio, en el ámbito nacional, Briz desarrolló una investigación denominada “Franquicia: unidad económica vs. independencia jurídica”, publicada en la obra homenaje a Alfredo Morles

[65] KAPLAN, E. (s/f). Franquicia y libre competencia*. Revista Electrónica de Derecho Comercial.* [revista en línea], fecha de la consulta: 15 de mayo de 2016. Disponible en: http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf

Hernández,[66] siendo pertinente su revisión en el sentido de que cuestiona la posibilidad de considerar a la franquicia como un grupo económico fuera de las presunciones establecidas taxativamente en las normas que regulan materias como la actividad bancaria, y la libre competencia.

Es así como este autor concluye que:

> Al no existir una regulación especial en materia de franquicias que las catalogue como un grupo de empresas y que por consiguiente les endose algún tipo de consecuencia al respecto, la importancia de considerarlas como grupos empresariales dependerá de lo que las regulaciones ajenas a la materia de franquicia interpreten como tal[67]

Límites al contrato de franquicia derivados de las normas que regulan la libre competencia

La libertad económica es recogida como un derecho fundamental en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela mediante el artículo 112, que en su primera disposición reza:

> Artículo 112: Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

En este sentido, se puede afirmar que la Carta Magna reconoce que todo individuo puede ejercer la actividad económica de su preferencia, siempre y

---

[66] BRIZ, J. (2010). Franquicia: Unidad Económica vs. Independencia Jurídica. En: Carrasquero, S. (et al.) (2010). *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Volumen IV*. Caracas. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello., p. 323.

[67] *Ibídem*, p. 342.

cuando se respeten los límites establecidos en ella. Ahora bien, como toda libertad, la económica halla sus límites en restricciones a la misma,[68] materializadas en medidas como la prohibición del monopolio, del abuso de la posición de dominio, de las prácticas concertadas, entre otras conductas que puedan restringir la libre competencia, y afecten el mercado y al usuario.

En desarrollo de estos principios fundamentales, en el año 2014 se promulgó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio,[69] con el objeto de promover, proteger y regular la libre competencia económica, mediante la prohibición y sanción de las prácticas prohibidas constitucionalmente. Si bien el Decreto no lo señala expresamente, Estrada considera al respecto que: "Por todas estas razones, actualmente la doctrina considera de forma mayoritaria que el bien jurídico protegido por este delito es un bien de carácter supraindividual, colectivo: el mercado."[70]

Uno de los aspectos relevantes del instrumento legal *sub examine,* es la definición de competencia económica, de gran importancia para el ámbito de las franquicias. En este sentido, el artículo 2, literal c, dispone:

> Artículo 2: A los efectos de este decreto ley se entiende por:

---

[68] La libertad, en las democracias liberales, está concebida como una actividad en negativo. De esta forma, toda teoría jurídica sobre la libertad parte de la premisa: "aquello que no está expresamente prohibido se encuentra permitido", proposición con la cual se esboza el principio de permisión. En este caso específico, las libertades económicas suponen el ejercicio de actividades que no estén prohibidas por la Constitución y la ley. Así, la actividad económica que un sujeto desee realizar, la podrá llevar a cabo siempre que dicha actividad económica no esté prohibida. Esta breve explicación sirve para ilustrar el marco jurídico de libertades económicas que orienta la Constitución venezolana y que ampara la actividad económica de la franquicia.

[69] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio (2014). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 40.549 (*Ordinaria*)*, noviembre 26, 2014.

[70] ESTRADA, A. (2014). Presente y futuro del delito de alteración de precios. *Revista para el Análisis del Derecho.* [revista en línea], fecha de la consulta: 31 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1024.pdf

…(*omissis*)…

c) Competencia económica: Actividad que permite a los sujetos regulados en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley en su condición de sujetos económicos, acceder, actuar y participar en el mercado, como oferentes o demandantes, sobre la base de los principios de complementariedad, intercambio justo y solidaridad; y que quienes estén dentro de él, no tengan la posibilidad de imponer condición alguna en las relaciones de intercambio, que desmejoren las posibilidades de actuación de los otros sujetos económicos [71]

Tomando en cuenta esta definición, se puede deducir la prohibición de establecer condiciones en el mercado o en el desenvolvimiento de las actividades de intercambio de servicios. Dicha prohibición afecta a todas aquellas personas naturales y jurídicas, que realicen actividades dentro del territorio de la República y, en consecuencia, es aplicable a todas las personas que desarrollen una actividad bajo la modalidad de franquicia dentro del territorio nacional. Esta Ley enuncia una serie de actividades que se encuentran prohibidas y señala, de forma genérica, otras que si bien pueden estar fuera de las mencionadas, restringen la libre competencia.

Se trata de una enumeración enunciativa, más no taxativa, que incluye: a) las conductas manipuladoras; b) los acuerdos y convenios; c) prácticas concertadas, d) concentraciones económicas; e) abuso de la posición de dominio; y, f) la competencia desleal. En el caso de las conductas manipuladoras, dispuestas en el artículo 7, *ejusdem*, son las realizadas por una persona, quien maneja a su favor los factores de producción, distribución, comercialización, desarrollo tecnológico o inversiones para obtener un beneficio propio.

[71] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio, *op. cit.*

Asimismo, se establece una prohibición específica referida a la imposibilidad de celebrar convenios y acuerdos entre organizaciones –contenidas en los artículos 8 y 9—, que pueda traer como resultado una afectación a la libre competencia. En consecuencia, se encuentran impedidas las prácticas concertadas de fijación de precios o condiciones de comercialización, establecimiento de límites a la producción, repartición de mercados o áreas territoriales (cartelización). De igual forma, se considera lesivo todo convenio que establezca condiciones adicionales para la celebración del contrato como prestaciones que le sean ajenas al objeto del mismo, y así obtener una ventaja injustificada. En el caso de las concentraciones económicas, prohibidas conforme al artículo 10, deben generar o reforzar una posición de dominio o crear efectos contrarios a libre competencia. Tal y como lo señala Briz: "la agrupación *per sé* no es negativa, todo dependerá de cuál sea su objetivo". [72]

Por concentración puede entenderse todo medio usado para el crecimiento de una empresa o para reforzar su poder, trayendo consigo el aumento del poder económico de aquella, no siendo necesario el aumento de las unidades operativas y generando una situación, bien sea de subordinación (grupo de empresas) o de coordinación (agrupación societaria), y así se desprende de las opiniones de Briz.[73] A su vez, la ley antimonopolio, en su artículo 14, define lo que se considera como personas vinculadas entre sí y, por ende, se presume la presencia de control:

> Artículo 14: Se tendrán como personas vinculadas entre sí, las siguientes:
>
> …(*omissis*)…

[72] BRIZ, J., *op. cit.,* p. 325.

[73] *Ibídem,* p. 327

> Parágrafo Único: Se entiende por control a la posibilidad que tiene una persona para ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de uno de los sujetos de aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o parte de los activos de éste, o mediante el ejercicio de derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o sobre sus actividades.[74] (Subrayado propio).

Pudiese interpretarse que el ánimo del legislador es prohibir la posibilidad de que una empresa, a través de contratos como el de franquicia, controle a otra, incluyendo la franquiciante sobre la franquiciada. Briz[75] apunta que dentro de la legislación nacional se encuentran disgregadas diversas normas que contemplan dichas concentraciones económicas. Califica dichas regulaciones como "discretas", como las de la Ley del impuesto sobre la renta, que habla de sujetos vinculados, definiéndolos en el artículo 114.[76] Refiere también a la ley de instituciones del sector bancario[77] que establece una presunción de vinculación entre empresas, teniendo como criterio el de unidad de decisión o de gestión. En consecuencia, considera que mediante cláusulas contractuales una empresa puede ejercer control sobre otra, con el fin de evadir las disposiciones de la ley.

[74] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio., *op. cit.*

[75] BRIZ, J., *op. cit.*

[76] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto sobre la Renta. (2015). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6. 210 (*Extraordinaria*)*, diciembre 30, 2015.

[77] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. (2015) *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.210 (*Extraordinaria*)*, diciembre 30, 2015.

De la misma manera, la Ley de mercado de valores[78], considera la existencia de dominio o de control cuando una empresa ejerza el control respecto de otra, sustentada en la participación ello sin tomar en cuenta de su forma jurídica ni el domicilio de ambas, disposición que se encuentra contenida en el artículo 93 *ejusdem*.[79] Aunque no se establecen porcentajes de participación accionaria –como sucedía en la antigua Ley de mercado de valores[80]—, se puede inferir que no importa la cantidad de acciones sino la posibilidad cierta de ejercer un control, de parte de la empresa dominante.

El propio Briz, afirma que, la Superintendencia Nacional de Valores tiene facultades para determinar otras formas de control, cuando pueda existir entre una empresa y otra influencia significativa, con lo cual se extiende el abanico a otras situaciones distintas al control administrativo y accionario; que es el que normalmente se reconoce en los instrumentos normativos[81]. Dichas formas de control pueden extenderse a cláusulas contractuales, independientemente de su forma jurídica (Art. 93, *ejusdem*).

Hay que establecer si entre la empresa franquiciada y la franquiciante, existe este tipo de control. De acuerdo al autor antes citado, esto depende de la interpretación que se dé a las normas señaladas. Pero, en principio, las prohibiciones de control, tanto en la ley que regula la libre competencia, como las normas especiales antes mencionadas son normas que no le son propias al contrato de franquicia. Sin embargo, éstas deben mantenerse en sintonía con aquellas (o usarse supletoriamente), y tomar en cuenta que en

---

[78] Decreto con Rango y Valor de Ley de Mercado de Valores. (2015). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.211 (*Extraordinaria*)*, diciembre 30, 2015.

[79] *Ídem*.

[80] Ley de Mercado de Valores. (2010) *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.546 (*Ordinaria*)*, noviembre 05, 2010.

[81] BRIZ, J., *op. cit.,* p. 330.

caso de que un tribunal de la República considere la existencia de un grupo de empresas entre el franquiciante y el franquiciado serán éstos solidariamente responsables en el cumplimiento del fallo,[82] pero siempre agotando todos los extremos del debido proceso, incluyendo la buena fe y la presunción de inocencia, garantías fundamentales en un Estado de Derecho.

Continuando con las prácticas prohibidas por la Ley antimonopolios, se encuentra la fijación de precios. Los artículos 11 y 12 prohíben el establecimiento de condiciones de contratación para la venta o prestación de servicios o fijación de precios que ocasione una afectación a la justa competencia. La norma busca evitar, mediante la prohibición, el abuso de la posición de dominio.[83] El incumplimiento de ésta disposición trae como consecuencia, según Núñez[84], la nulidad del contrato que las prevea. El mismo autor cree que muchas de estas prohibiciones específicas son habitualmente contenidas en el contrato de franquicia. No obstante, tomando en cuenta su especialidad y los beneficios que éste puede traer a las partes y a los mismos usuarios o consumidores, se prevé en la Ley antimonopolio un régimen de excepciones que exigen la concurrencia de dos situaciones: primero, que con dichas prácticas se contribuya a la mejor prestación de un servicio, comercialización o distribución de bienes y, segundo, que con éstas exista un beneficio para el consumidor o al usuario. Una vez que se compruebe la existencia de ambas, se podrá permitir:

1) La fijación de precios, de forma individual o concertada, directa o indirecta.

---

[82] *Ibídem*, p. 342.

[83] Ley Antimonopolio, *op. cit.*

[84] NÚÑEZ, R., *op. cit*., p. 82.

2) Aplicación en las relaciones comerciales de condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, que ocasionen desigualdades en la situación competitiva.

3) Las representaciones territoriales exclusivas y las franquicias con prohibiciones de comerciar otros productos.

Con disposiciones como ésta, se denota un claro interés del legislador de afianzar el mercado de la franquicia y entender su funcionamiento y especialidad. Al permitir conductas que *per se* son consideradas como prohibidas, como la exclusividad en la distribución o comercialización de un producto, la fijación de precios, la estandarización de la cadena, y la división de territorios, se asume que se está aplicando la regla de la razón. Esta regla supone que

> se pueden permitir ciertas restricciones a la competencia cuando se demuestra que el beneficio excede el impacto negativo de la restricción. Este puede ser el caso de los acuerdos de distribución exclusiva que faciliten acceso o disminuyan precios para los consumidores. La regla de la razón define que la conducta es prohibida, pero permite un análisis de la eficiencia para determinar sus efectos en el mercado y en los consumidores, sobre si los mismos son más beneficiosos que dañinos. Bajo este enfoque la autoridad de control debe sopesar, caso por caso, los efectos a favor y en contra de la competencia y la eficiencia, así como evaluar su impacto sobre los consumidores.[85]

Los lineamientos para la evaluación de los contratos de franquicia emanados en su momento por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (en lo sucesivo SPPLC) desarrollan las

[85] MOSTAJO, J. (2012). Prácticas anticompetitivas y Derecho de la competencia en Bolivia. *Boletín Latinoamericano de Concorrência.* [revista en línea], fecha de consulta: 26 de diciembre de 2016. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_32_es.pdf

excepciones contenidas en el artículo 18 de la Ley para la Protección y Promoción de la Libre Competencia, hoy Ley Antimonopolio. Dichos lineamientos son esbozados sobre consideraciones que hace el ente rector en la materia, que tiene en cuenta los beneficios que aporta la franquicia al mercado, señalando que las mismas generan ventajas para los mismos franquiciados.

Dentro de las ventajas del modelo de franquicia se aprecian el aporte o inversión limitada, que permite la entrada de nuevos competidores con posibilidades de éxito, generando una colaboración entre franquiciante y franquiciado y que, también, otorga ventajas al consumidor al permitir una distribución uniforme de bienes y servicios, en donde los mismos prestadores están interesados en asegurar la calidad del producto, pudiendo elegir los consumidores o usuarios el franquiciado con el cual tratarán[86]. Lo cual se traduce en que con dicho sistema se ve materializada la frase “ganar-ganar”, para las tres partes que hacen vida en éste; el franquiciante, el franquiciado y los consumidores. Por lo tanto, ante la presencia de un contrato de franquicia que incluya cláusulas de exclusividad o la recomendación de precios, estas no representarán restricciones a la libre competencia siempre y cuando el contrato se ajuste a los lineamientos generales. Para cumplir con dichos lineamientos, el contrato de franquicia debe

a) Permitir al franquiciado que en caso de que los productos usados para la prestación del servicio o venta de los bienes, sean distribuidos por otros franquiciados, aquel pueda abastecerse de éstos cuando cumplan con las especificaciones mínimas de calidad establecidas por

[86] Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia. Ministerio de Industria y Comercio. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia., *op. cit.*

el franquiciante. Cuando sea imposible establecer unas especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos, el franquiciado deberá adquirir únicamente aquellos fabricados por el franquiciante o por quien éste designe. En estos casos, en interpretación en contrario del artículo 6, literal c de los lineamientos; el franquiciante podrá negarse a que se usen productos de otro proveedor que no sean los designados por éste, justificando su negativa en la protección del *know-how*. Caso contrario, no será posible la aplicación de los mencionados lineamientos.[87]

Debe existir igualdad en la exigencia de garantías. En los casos en que el franquiciante exija al franquiciado la prestación de garantía de los productos, ésta debe aplicarse de la misma forma a los otros franquiciados de la red. Caso contrario no serán aplicables los beneficios de los lineamientos, pues ello se traduce en una afectación al principio de confianza que debe existir en el sistema de franquicia.[88]

b) El franquiciado debe conservar su cualidad de persona jurídica independiente del franquiciante, lo que implica que al consumidor se le informe que quien presta el servicio o vende los productos, es independiente del franquiciante. Por ejemplo, la factura la emite el franquiciado que con arreglo a las normas tributarias, debe identificarse como tal.[89] Sin embargo, esta obligación no debe interferir con la característica propia de la franquicia, como lo es la identidad

---

[87] *Ídem.*

[88] *Ídem.*

[89] Ello conforme a la providencia emanada del Servicio Integrado de Administración Aduanera y Tributaria N° 071, publicada en Gaceta Oficial de La República Bolivariana de Venezuela, N° 39.795 (Ordinaria) de fecha 08 de noviembre de 2011, mediante la cual se establecen las normas generales de emisión de facturas y otros documentos, estableciéndose en su artículo 13 que la factura debe indicar el nombre o razón social del emisor, número de registro de información fiscal y domicilio fiscal.

común de la red, por lo cual no quiere decir que no deban cumplirse con las obligaciones de rótulo común, uniformes, publicidad,[90] entre otras.

c) Que el acuerdo de franquicia no haya sido celebrado entre empresas cuyos productos o servicios prestados sean idénticos o puedan confundir al usuario. Esto puede considerarse como concentración económica y desencadenar en el abuso de la posición de dominio, conductas contrarias a la libre competencia, ya referidas en esta investigación.

d) El contrato no debe contener prohibiciones para el franquiciado, consistentes en impedirle que haga uso lo de los conocimientos prácticos adquiridos una vez finalizada la relación con el franquiciante. Por supuesto, que se hace referencia aquí a los conocimientos adquiridos en virtud de la relación comercial y no aquellos que sean parte del *know-how*. El motivo de ésta disposición deriva de que el *know-how* debe ser secreto y surgir de la experiencia del franquiciante. Si el producto de la franquicia es la venta de hamburguesas, y es de conocimiento general la forma en que éstas se preparan o se presentan, no podrá el franquiciante posterior a la expiración del contrato, exigir al franquiciado que no haga uso de dichos conocimientos adquiridos durante la celebración del contrato, al no considerarse secretos, ni propios de la experiencia del franquiciante.

e) El franquiciante podrá recomendar precios de venta de los productos o servicios, más no imponer éstos. Al respecto Lázaro ha afirmado que:

[90] Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia. Ministerio de Industria y Comercio. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia., *op. cit.*

> la imposición de precios de venta fijos o mínimos además de resultar contraria a la libertad de que debe gozar el franquiciado y de alejarse del cauce de lo razonable, excluiría el acuerdo vertical de franquicia de la exención genérica prevista en el Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de diciembre.[91]

f) El franquiciante debe abstenerse de prohibir al franquiciado la venta u oferta de servicios a usuarios, que por su lugar de residencia no pertenezcan al lugar donde se encuentra ubicada en la franquicia. Es decir, la exclusividad territorial abarca la prohibición de que el franquiciado se traslade fuera del territorio autorizado a vender los productos de la franquicia, más no implica la prohibición de comercializar éstos a consumidores que residan fuera de dicho territorio, cuando sean éstos los que se trasladen hasta el local a consumir los productos o servicios.

Con arreglo a lo anterior, es correcto afirmar que las conductas consideradas como lesivas a la libre competencia, en razón de las disposiciones legales indicadas, no provienen de un capricho, sino que el legislador ha puesto en una balanza los pro y los contras de la celebración de un contrato de este tipo. Así, mediante la aplicación de la regla de la razón, pueden ser permitidos acuerdos que cumplan con los requisitos mínimos establecidos en los lineamientos dictados por el ente rector en la materia, que a su vez se presume que actúa con apego a la ley y a la Constitución.

En conclusión, es necesario que el contrato de franquicia vaya en consonancia con las leyes que regulan la competencia económica y a los lineamientos emanados de la SPPLC. De lo contrario, las conductas serán sancionadas, y en el caso de que las prácticas prohibidas se encuentren

[91] LÁZARO, E., *op. cit.*, p. 107

incluidas dentro del contrato de franquicia, la cláusula en cuestión podrá ser considerada como anulable sin que esto suponga que el resto de las disposiciones contractuales se vean afectadas.

La franquicia con arreglo a las normas referidas a la propiedad industrial

El derecho de propiedad, como derecho fundamental, se encuentra reconocido por la Constitución Nacional en el artículo 115. En dicha norma, se dispone su extensión, las garantías al ejercicio del mismo, así como sus límites.[92] La propiedad se ejerce no sólo respecto de bienes corporales, sino sobre inmateriales, es por ello que existen los derechos intelectuales, cuya propiedad se atribuye al innovador o creador, y de los cuales puede ser titular un empresario. Morles apunta:

> Bajo la expresión de derechos intelectuales se agrupan tanto los derechos que se atribuyen a los autores de creaciones espirituales (obras de arte, literatura, invenciones) como los derechos que pertenecen a los empresarios que utilizan signos específicos para

[92] El artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela protege el derecho de propiedad, y de igual manera establece los límites y formas por las cuales se puede restringir el ejercicio de la misma.

Otro de los instrumentos que regula dicho derecho es el Código Civil Venezolano, el cual contempla lo atinente al derecho de propiedad, y en cuanto a los derechos intelectuales establece que son propiedad de la persona, y su ejercicio se regirá por las leyes especiales y por los principios y normas que rigen el derecho de propiedad.

Las leyes especiales en materia de protección de la propiedad intelectual son dos instrumentos jurídicos preconstitucionales a saber: la ley de propiedad industrial del año 1956 y la ley de derecho de autor del año 1993. Ambas vigentes y serán aplicables a la materia en tanto no colinden con la Constitución.

> identificar su nombre, su empresa o sus productos (nombres comerciales y marcas)[93]

Por su parte, la Organización Mundial del Comercio (OMC) se refiere a los derechos a la propiedad intelectual como "aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente. Suelen dar al creador derechos exclusivos sobre la utilización de su obra por un plazo determinado"[94]. Por esto, el derecho de la propiedad intelectual, es concebido como "una rama del derecho que busca por una parte fomentar la innovación, creación, y la transferencia de tecnología y por otra ordenar los mercados facilitando la toma de decisiones por el público consumidor";[95] cuya finalidad es la protección de la expresión material de ideas, más no las ideas en sí, independientemente del medio que se haya usado para dicha expresión.[96]

Los derechos de la propiedad intelectual comprenden dos aspectos: el derecho de autor y sus derechos conexos, y la propiedad intelectual. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) define los derechos de autor de la siguiente manera:

> En la terminología jurídica, la expresión "derecho de autor" se utiliza para describir los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas. Las obras que se prestan a la protección por derecho de autor van desde los libros, la música, la

---

[93] MORLES, A. (2006). *Curso de derecho mercantil. Tomo I.* Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, p. 266.

[94] SUIZA. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). ¿Qué se entiende por derechos de propiedad intelectual? [página web oficial]. Fecha de consulta: 31 de marzo de 2017. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel1_s.htm

[95] CHILE. INSTITUTO NACIONAL DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (INAPI). Conceptos fundamentales sobre la propiedad intelectual. [página web oficial]. Fecha de consulta: 31 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.inapi.cl/portal/institucional/600/w3-propertyname-511.html

[96] FARIÑAS, J. (2009). La protección constitucional de la propiedad intelectual en Venezuela. *Saber ULA*. [revista en línea], año VIII, N° 12, pp. 10-33.

> pintura, la escultura y las películas hasta los programas informáticos, las bases de datos, los anuncios publicitarios, los mapas y los dibujos técnicos.[97]

En este orden de ideas, la propiedad industrial es definida como el "conjunto de derechos de propiedad industrial […] relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, *know-how* o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales*)*.[98]

Estos derechos están específicamente protegidos en la Carta Magna, en su artículo 98:

> Artículo 98: La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezca la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.[99]

De la norma antes citada, se evidencia que la Constitución se apega a la distinción de derechos intelectuales antes descrita, esto es: derecho de autor y derecho de propiedad industrial. Sin embargo no existe una normativa postconstitucional que se ajuste a los parámetros exigidos por la *Norma*

---

[97] SUIZA. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (OMPI). ¿Qué es la propiedad intelectual? [página web oficial]. Fecha de consulta: 11 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.wipo.int/copyright/es/

[98] NÚÑEZ, R., *op. cit.,* p. 88.

[99] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.453 (*Extraordinaria*)*, marzo 24, 2000.

Normarum, sino que, cuando en el año 2006, Venezuela dejó de pertenecer a la Comunidad Andina de Naciones, la normativa que rige tal materia se circunscribe a la Ley de Propiedad Industrial y la de Derecho de Autor, normas antiguas que contrarían el espíritu del constituyente y son insuficientes a la realidad de la materia.

En este sentido, la Ley de propiedad industrial,[100] promulgada en el año 1956; tiene como objeto regular los derechos de los inventores sobre las creaciones relacionadas con la industria, y de los fabricantes y/o comerciantes sobre las frases o signos especiales que cumplan función de distinguir su producto de otros. Abarca la propiedad industrial lo referente a los signos distintivos: el nombre comercial, el rótulo, el lema comercial, la marca, indicaciones de procedencia, denominación de origen e indicaciones geográficas.

Para que puedan incluirse la posibilidad de uso de éstos signos distintivos en el marco de un contrato de franquicia, es necesario que el franquiciante sea titular de dichos signos[101], para lo cual debió haber registrado los mismos ante el Registro de la Propiedad Industrial, el cual es llevado por el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI), ente competente en la materia. En cuanto a los atributos de la propiedad intelectual, se entiende que previamente el franquiciante ya ha registrado los mismos, por lo cual el franquiciado podrá hacer uso de aquellos, representando los mismos una parte elementos primordiales incluidos en el contrato de franquicia, ello en virtud de que permiten identificar la red. Por esta razón, se hace necesario conocer la vinculación de los signos distintivos en su tratamiento legal con el contrato de franquicia.

---

[100] Ley de Propiedad Industrial., *op. cit.*

[101] NÚÑEZ, R., *op. cit.*

Los signos distintivos:

El nombre comercial:

La importancia de proteger el nombre comercial deriva de la identificación e individualización que ésta otorga a la persona que la usa. Hay, además, una razón económica descrita por Vivante, y reproducida aquí por haber conformidad: "*la defensa del crédito y la de la clientela que se agrupa poco a poco en torno a aquél"*[102] (*Apud*. Morles, H. (2006).). En Venezuela, impera el sistema de veracidad del nombre, tanto para los casos de los comerciantes individuales como para las sociedades de base personal, aunque con sus excepciones. En el caso de la sociedades de base de capital, el sistema aplicable es el de la libertad del nombre, lo cual quiere decir que las Sociedades Anónimas y las de Responsabilidad Limitada deben poseer una denominación social, pero de la misma forma pueden registrar más de un nombre comercial, que puede o no coincidir con la primera.[103]

Es importante destacar, que el nombre comercial como signo distintivo, es distinto a la marca, y posee protección jurídica a nivel nacional e internacional, y así lo ha afirmado Uzcátegui, quien asegura que:

> El registro de la marca o del nombre comercial como propiedad industrial otorga a su titular exclusividad en el uso de la misma a nivel nacional, por lo cual quedan excluidos los terceros para

[102] MORLES, A., *op. cit.*, p. 272.

[103] MORLES, A., *op cit.,* p. 275.

> utilizar dicho nombre o marca como denominación comercial y si así lo hacen, están sujetos a sanciones"[104]

Ahora bien, en cuanto al uso del nombre comercial dentro de un contrato de franquicia, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) dice que hay un elemento dentro del contrato de franquicia que tiene que ver con el prestigio –*goodwill*— que no es más que "[e]l beneficio y las ventajas derivadas del buen nombre, la reputación y el buen proceder de un negocio en relación con sus clientes, proveedores y distribuidores"[105]. Señala al respecto la OMPI, que dicho prestigio está ligado al nombre o a la marca reconocida en el mercado. El negocio es identificado por su nombre y el franquiciado se cobija en este elemento para beneficiarse del éxito de la cadena, debiendo ser protegido dentro del contrato, siendo también una obligación del franquiciante permitir a sus franquiciados el uso de bienes inmateriales, como en éste caso es el nombre comercial, a cambio de un pago.

[104] UZCÁTEGUI, M. (2000). Registro Mercantil de la denominación comercial y la propiedad industrial*. Conferencias dictadas en la Asociación de Registradores Mercantiles.* [documento en línea], fecha de consulta: 16 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.cjp.ula.ve/gpi/documentos/AREGISTROMER.pdf

[105] SUIZA. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (OMPI) Franquicias y licencias: ¿Qué son y en qué medida pueden beneficiarnos? [información en línea]. Fecha de consulta: 16 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.wipo.int/sme/es/documents/franchising.htm#lic

El rótulo:

El rótulo puede ser definido como "[c]ualquier signo visible usado para identificar un local comercial determinado"[106]. Es decir, que éste signo distintivo está asociado al local en donde funciona o presta servicios la empresa y que permite individualizarla. Según Morles, el Código de Comercio no regula lo referente al rótulo, sin embargo refiere que la Ley de Propiedad Industrial lo hace bajo el nombre de denominación comercial, al igual como también lo hace la decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, la cual señala que al rótulo se le aplicarán las mismas disposiciones que a la denominación comercial. Por ésta razón deben entenderse como dos signos distintivos distintos, aunque cumplen ambos la misma función antes señalada.

El lema comercial

Por lema comercial se entiende toda "palabra, frase o leyenda utilizada por un industrial, comerciante o agricultor, como complemento de una marca o denominación comercial"[107]. Se trata entonces el lema de otro signo distintivo, en consecuencia forma parte del activo inmaterial de la empresa, y permitido su uso por parte del franquiciado, ya que el mismo identifica la red. Su función es: "llamar la atención del público sobre productos o servicios determinados con el fin de popularizarlos"[108]. Es decir, cumple una función

[106] SANTO DOMINGO. OFICINA NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. (ONAPI). Signos distintivos. [información en línea]. Fecha de consulta: 16 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.onapi.gov.do/signosdistintivos.html

[107] Ley de Propiedad Industrial., *op. cit.*

[108] SANTO DOMINGO. OFICINA NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. (ONAPI)., *op. cit.*

publicitaria y de identificación. Sin embargo, tal y como lo indica la Ley de propiedad industrial venezolana, éste es un complemento de la marca y de la denominación comercial, por ende se puede considerar jurídicamente como accesorio de estos.

En cuanto a la autonomía del lema comercial respecto a la marca, López cree que el lema sigue la suerte del signo distintivo al que se asocia y su vigencia y transferencia depende de la marca o de la denominación comercial.[109] Es decir, el lema se trata de un signo diferente, más no independiente de la marca o la denominación, si se quiere puede afirmarse que sirve de complemento a éstos, y al permitirse el uso de la marca, también podrá el franquiciado hacer uso del lema comercial. Postura que se comparte por ser una máxima jurídica considerar que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La marca

La Ley de propiedad industrial regula lo referente a la marca como signo distintivo, definiéndola al siguiente tenor:

> 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, aquéllos con los cuales comercia su propia empresa. La marca que tiene por objeto distinguir una empresa, negocio, explotación o establecimiento mercantil, industrial, agrícola o minero, se llama denominación comercial. Lema

[109] LÓPEZ, X. (2001). *De los signos distintivos y los nombres de dominio en internet.* Tesis de grado no publicada. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. p. 30, fecha de consulta: 17 de febrero de 2017. Disponible en: http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis28.pdf

> comercial es la marca que consiste en una frase o leyenda utilizada por un industrial, comerciante o agricultor, como complemento de una marca o de denominación comercial [110]

Esta definición, que fue desarrollada en el año 1956, ha sido ampliamente criticada por parte de la doctrina. Ya en su momento, Morles apuntó la confusión que se genera entre la marca y otros signos como el rótulo y la denominación comercial, además de omitir las marcas de servicio[111], las cuales son viables y reconocidas en la actualidad, y sobre las cuales puede recaer el contrato de franquicia, en virtud de existir franquicias de servicios, Sin embargo, a pesar de no contemplarse la tipología de marcas de servicio, tampoco se encuentra prohibidas en dicho instrumento normativo.

La noción de marca está ampliamente ligada a los sentidos del ser humano, tratándose de un signo que es susceptible de ser captado por aquellos, razón por la cual su concepto traspasa la característica de ser un mero signo gráfico y pasa a entenderse como cualquier signo: un sonido, un olor, y también un signo gráfico. Significación que es permitida por la ya no aplicable decisión 486 del Acuerdo de Cartagena. A pesar de ya no ser aplicable, la Ley de propiedad industrial establece que podrá considerarse como marca “cualquier signo”, por ende no excluye la posibilidad de las marcas sonoras y las olfativas. Además que hay que recordar que donde no distingue el legislador no puede distinguir el intérprete, aforismo válido al presente caso.

En este orden de ideas, para que dicho signo pueda ser registrado debe cumplir las condiciones de ser novedoso y ser distinto a otros signos, ello con

---

[110] Ley de Propiedad Industrial. o*p cit.*

[111] MORLES., *op. cit.,* p. 27.

el fin recibir la protección debida, partiendo de que no pueda usarse por otros comerciantes, y así generar confusiones en el público. En palabras de Santafuentes (*Apud. Yoris, J. (2003).)*:

> El creador de una marca, si desea que sus productos o servicios se distingan de los demás similares y desea además, evitar que terceras personas puedan hacer uso de la marca sin su autorización, debe tener los medios legales que permitan, de una manera eficaz impedir su utilización sin la debida autorización y control.[112]

Por eso debe cumplirse con los extremos de la ley de propiedad industrial, su clasificación de marcas, y prohibiciones respecto a objetos que no puedan registrarse como tal[113]. La marca, al igual que los demás signos distintivos, forma parte del activo inmaterial de la empresa En consecuencia, es uno de los elementos más importantes del contrato de franquicia, ya que ésta implica principalmente la posibilidad de cobijarse y beneficiarse de un éxito público y notorio. Para que el franquiciante pueda comerciar con su marca, es necesario que sea el titular del derecho sobre ésta, es decir debe haberse obtenido previamente el registro ante el ente competente, que en el caso venezolano es el SAPI, y aunado a ello, debe consignarse un documento en donde se establezca a quien se da licencia de uso de ésta.

De igual forma, para proteger los derechos del titular de la marca en dicho documento o en el propio contrato de franquicia, se debe indicar con claridad el alcance de la licencia de uso de la marca, es decir en qué forma será

---

[112] YORIS, J., *op. cit.,* p. 50.

[113] A nivel internacional y en el ámbito del derecho marcario, se encuentra el Acuerdo de Niza, que se trata de un clasificador internacional de productos y servicios para el registro de marca, no suscrito por Venezuela. Sin embargo éste era aplicado hasta el momento de la salida de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones, en virtud de que la decisión 486 del Acuerdo de Cartagena que ordenaba la aplicación de dicho nomenclátor internacional.

usada por el franquiciado y cuáles será sus límites, siendo inclusive obligación de aquel colaborar en la consolidación de la marca y notificar al franquiciante cualquier lesión que pueda afectar ésta.

Denominación de origen e indicaciones de procedencia

Otro aspecto a considerar, es la posibilidad de identificar un producto por determinados aspectos geográficos, es por eso que se encuentran las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen. Las primeras se definen como "la designación expresa o implícita de un sitio geográfico como lugar de elaboración o extracción del producto"[114] . La denominación de origen es otro signo distintivo que permite identificar un producto de una zona, con ciertas cualidades y caracteres en virtud de elementos naturales del lugar donde se producen, o por la forma en cómo se elabora en un lugar geográfico. En Venezuela, actualmente se encuentran protegidas las siguientes: el Ron de Venezuela, el Cacao de Chuao, el Cocuy de Pecaya.[115]

Las denominaciones de origen no son susceptibles del mismo tratamiento que las marcas, y para su solicitud de registro están legitimados cualquier productor o grupos de productores. De igual forma, a efectos de los signos distintivos susceptibles de licencia y valoración económica en el marco del

[114] MORLES, A., *op. cit.,* p. 289

[115] De acuerdo a información del Consejo Nacional de Promoción de Inversiones (CONAPRI), la primera denominación de origen reconocida por el SAPI fue "Cacao de Chuao" en el año 2000, seguida por la denominación "cocuy de Pecaya" reconocida en el año 2001, y "Ron de Venezuela" en el año 2003. Sin embargo, es posible reconocer productos por el lugar de su fabricación tales como: queso guayanés, dulce de leche coriano entre otros, pero son las tres primeras las que cuentan con protección del Estado; cfr. CONSEJO NACIONAL DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES (CONAPRI). *Productos venezolanos con título de origen.* [información en línea]. Fecha de consulta: 17 de febrero de 2017. Disponible en:: http://conapri.org/al-dia/productos-venezolanos-titulo-origen-i/

contrato de franquicia, no se incluye ni la denominación de origen ni las indicaciones de procedencia. Aunque signos distintivos, no pertenecen al franquiciante, por lo que no tiene poderes jurídicos de disposición ni administración sobre ellos. De tal manera que su uso dentro del ámbito de las franquicias es posible cómo parte de la comercialización de los productos que se brindan al público, generando beneficios al negocio franquicia.

De la misma manera, el contrato de franquicia, en razón del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, puede establecer para el franquiciante la obligación de usar materias primas propias de un lugar o zona con una denominación de origen, o transformar éstas de acuerdo a los procedimientos propios de un lugar. También podría establecerse que dichos productos deban ser suministrados por el mismo franquiciante o por personas designadas por éste, siempre y cuando se respeten las excepciones establecidas en los lineamientos para la elaboración de los contratos de franquicia, a fines de no afectar la libre competencia económica.

Problemas derivados del uso de los signos distintivos en un contrato de franquicia

Como ya fue mencionado anteriormente, la franquicia implica, *per se,* el uso por parte del franquiciado de un activo inmaterial propiedad del franquiciante, siendo necesario la regulación de dicho uso. La primera ley que debe aplicarse en éstos casos en la Ley de propiedad industrial (en lo sucesivo, LPI), instrumento que regula lo referente a los signos distintivos. Esto supone un primer inconveniente, derivado de la antigüedad del instrumento en vigor, que no contempla una realidad de economía

globalizada en la sociedad contemporánea. Al respecto la LPI establece lo referente a la cesión de derechos de propiedad industrial en su artículo 4.

La cesión no es el único acto de disposición respecto a los derechos de la propiedad industrial, en virtud de que la cesión entraña la sustitución del titular de los derechos por otro. En consecuencia, en el caso de los derechos derivados de la propiedad intelectual en el contrato de franquicia se trata de una licencia (permiso) para el uso, la cual no se encuentra regulada por la ley de propiedad industrial.

Las licencias de uso se encontraban reguladas en Venezuela por la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina en materia de Propiedad Industrial, y la respectiva decisión N° 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, pero Venezuela en el año 2006 procedió a denunciar el tratado y retirarse del organismo multilateral, razón por la cual se procede a la aplicación de la Ley de Propiedad Industrial del año 1956. En cuanto a éste particular el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de la Sala Constitucional de fecha 04 de julio de 2012, realizó la interpretación vinculante del artículo 153 de la Constitución Nacional que contempla el régimen constitucional de los procesos de integración, y cuyo extenso fallo no resuelve de forma tajante la aplicación de la decisión 486 posterior a la salida de Venezuela del organismo de integración.[116]

Sin embargo, la citada sentencia señala que deberá revisarse cada caso particular, tomando en cuenta los principios de vigencia temporal de la norma. De igual manera instó la Asamblea Nacional a revisar la legislación

[116] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 967 de fecha 04-07-2012 (Pedro Perera Riera e Inés Parra Wallais). [documento en línea], fecha de consulta: 07 de marzo de 2017. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/967-4712-2012-06-0823.HTML

vigente en materia de propiedad intelectual –Ley de Propiedad Industrial y Ley de Derecho de Autor— para adecuarla al artículo 98 de la Constitución que garantiza el derecho a la creación humana. No obstante, a pesar de la solicitud del máximo Tribunal al órgano del Poder Legislativo, han transcurrido cuatro años y aún no se ha legislado en la materia.

Dicha situación generó, y sigue generando, inestabilidad e incertidumbre, y al respecto apunta Mejuto:

> En la actualidad se han ejercido acciones ante el Tribunal Supremo de Justicia para que se reconozca la inconstitucionalidad de determinadas normas de la Ley de Propiedad Industrial de 1956, por resultar inaplicables y no responder a las necesidades actuales, y requerir directamente de los órganos legislativos nacionales una nueva ley, acorde con la protección universalmente consagrada a los derechos de propiedad intelectual. Se espera que esas acciones sean resueltas en un futuro cercano y se cree una nueva legislación que abarque los avances y las nuevas modalidades de derechos intelectuales y su debida protección.[117]

Según la referida autora, el criterio del Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), es considerar que por el hecho de no aplicarse los referidos instrumentos legales antes mencionados no se genera una situación de indefensión, sino que podrán aplicarse al caso otras fuentes del derecho tales como analogía, la costumbre jurídica y otros tratados internacionales, como es el caso del Convenio de París que regula la Propiedad Intelectual, aunque éste no regula los aspectos referidos a las licencia de uso.

[117] MEJUTO, R. (2014). La necesidad de una nueva legislación sobre derechos intelectuales. *Revista debates IESA*. [revista en línea], fecha de la consulta: 17 de febrero de 2017. Disponible en: http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/2014-jul-mejuto.pdf

En todo caso, la costumbre mercantil, fuente de derecho reconocida por el propio Código de Comercio[118] en su artículo 9, puede llenar los vacíos o lagunas de ley, como en el presente caso. Por ende, es una opción válida a tener en cuenta ante la ausencia de regulación de la licencia de uso, la cual no se encuentra prohibida expresamente por la Ley de propiedad industrial. Hasta el momento, la costumbre indica la práctica reiterada de concesión licencias de uso, trámite que aún es posible ser realizado ante el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual.[119]

De igual manera, si se interpreta de acuerdo al argumento de "mayor a menor" la figura de la cesión de derechos de propiedad industrial, la lógica indica que aquel que puede ceder los derechos podrá en consecuencia otorgar una licencia de uso sobre los mismos, razonamiento dentro del cual se encuadra perfectamente el contrato de franquicia, razón por la cual si el empresario puede ceder sus derechos de propiedad industrial conforme a la ley, podrá realizar otro acto de disposición sobre ellos, como su cesión.

La patente

La patente es otro elemento importante en el contrato de franquicia que, unido a los signos distintivos, forma parte de los elementos inmateriales del

[118] Artículo 9: Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciará prudencialmente los Jueces de Comercio; vid. Código de Comercio (1955). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* N° 475 (Extraordinaria), diciembre 21, 1955.

[119] La página web oficial del SAPI contempla dentro de sus procedimientos el referente al otorgamiento de licencia de marca, vid. SERVICIO AUTÓNOMO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (SAPI) Procedimientos relativos a las marcas. Fecha de consulta: 31 de marzo de 2017. Disponible en: http://sapi.gob.ve/?page_id=96

contrato. La patente es un “documento expedido por el Estado para hacer constar el derecho exclusivo temporal que una persona física o jurídica tiene para explotar industrialmente un invento que reúna las exigencias legales”[120]. De la misma forma, se puede entender que dicho derecho que reconoce el Estado, le otorga a su titular un monopolio de explotación sobre la invención.[121]

A la luz de la ley de propiedad industrial, la patente puede recaer sobre una invención, mejora, modelo, dibujo industrial, y se le concede a la persona un privilegio de aprovechar exclusivamente la producción o procedimiento industrial[122]. Es el titular del derecho de patente quien tiene la potestad de explotar la misma y disfrutar o aprovechar los beneficios económicos de ésta, por lo cual la persona que desarrolle una idea novedosa o un producto nuevo susceptible de ser patentado puede explotar económicamente éstos e inclusive autorizar que otros lo hagan. El negocio de la franquicia puede tratarse de un producto novedoso o de un procedimiento para prestar un servicio, o la mejora de un procedimiento para la prestación de aquel, y por ello una vez que el franquiciante haya obtenido por parte del ente competente la concesión, ésta podrá ser negociada dentro de un contrato de franquicia, formando inclusive parte del llamado *know-how,* incluyendo toda la protección que éste encierra. [123]

---

[120] RANGEL, D. (1992). *Derechos de la propiedad industrial e intelectual.* México, Universidad Autónoma de México, p. 22.

[121] MORLES, A., *op cit.,* p. 306.

[122] Ley de propiedad industrial., *op. cit.*

[123] En cuanto al otorgamiento de patentes, Fabiana Culshaw en una investigación realizada para el periódico El Mundo en el año 2013, explica que el Servicio Autónomo para la Propiedad Intelectual (SAPI), para la fecha indicada, no había concedido registros de patentes desde hace nueve años. En cuanto a marcas dicho servicio trabaja de forma expedita, lo cual ha beneficiado la inversión extranjera, ello en virtud de que las empresas extranjeras para iniciar operaciones en Venezuela y proteger sus marcas realizan el

Limitaciones al contrato de franquicia derivadas del control de cambio

En Venezuela, se instauró una política de control de cambio el año 2003, lo cual repercutió en el mercado nacional de las franquicias. El control de cambio es "un instrumento de política cambiaria que consiste en regular oficialmente la compra y venta de divisas en un país. De esta manera, el Gobierno interviene directamente en el mercado de moneda extranjera, controlando las entradas o salidas de capital"[124]. Esta intervención se materializa mediante el establecimiento de un valor de cambio oficial, lo cual limita los mecanismos económicos naturales de oferta y demanda.

Dicha intervención ha generado consecuencias en el crecimiento de las franquicias, así como en su desarrollo y propagación. Freitez,[125] señala que desde la instauración del control de cambio se ha limitado la instalación de las franquicias internacionales, reportándose un crecimiento de las franquicias nacionales. La causa de este fenómeno se debe a la dificultosa

---

procedimiento de registro. Esta situación pudiese perjudicar al franquiciante nacional, que en el caso de querer registrar una patente encontrará dificultades; véase CULSHAW, F (2013). En "caída libre" solicitudes de patentes en Venezuela. *Diario El Mundo*, Economía y Negocios [artículo en línea], fecha de consulta: 02 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/politicas-publicas/en--caida-libre--solicitudes-de-patentes-en-venezu.aspx

Sin embargo de la revisión del boletín de la propiedad industrial del Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, en años siguientes si fueron otorgadas patentes, aunque en menor medida en relación al registro de marcas, como es el caso del boletín N° 570 de fecha 26 de diciembre de 2016, disponible en: http://sapi.gob.ve/wp-content/uploads/2017/03/BPI_570.pdf

[124] CENTRO NACIONAL DE COMERCIO EXTERIOR. (CENCOEX). Marco Jurídico, control cambiario. [información en línea], fecha de consulta: 18 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.cencoex.gob.ve/marco-juridico/control-de-cambio

[125] FREITEZ, J. (s/f). Control de cambio limita entrada de franquicias extranjeras*. Noticias24* [información en línea], fecha de consulta: 18 de febrero de 2017. Disponible en: http://economia.noticias24.com/noticia/9547/control-de-cambio-limita-entrada-de-franquicias-extranjeras/

tarea de adquirir divisas para el pago de franquicias extranjeras, generando a su vez que los nuevos emprendedores apuesten a la creación de franquicias nacionales. No obstante éste comportamiento; que puede percibirse como un síntoma de madurez del mercado nacional, es inducido por la situación cambiaria del país, que fomenta la búsqueda de soluciones a los complejos sistemas de control instaurados

A través de diversas providencias y convenios cambiarios, se ha regulado el valor para la compra de divisas, así como los sectores beneficiados y requisitos a cumplir para la adquisición de divisas. En el caso de las franquicias, éstas fueron, en un primer momento, reguladas por la Providencia N° 029 de fecha 22 de abril de 2003, emanada de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), la cual estableció el régimen para la administración de divisas correspondientes a las inversiones internacionales y a los pagos derivados de contratos de importación de tecnología, del uso y explotación de patentes, marcas, licencias y franquicias, especialmente destinado a la adquisición de divisas para el pago de contratos de franquicias.

Posteriormente, fueron publicadas otras providencias por parte del ente administrativo con el fin de reglar la adquisición de divisas extranjeras, entre las cuales se encuentran: la providencia 034 de fecha 18 de junio de 2003 que establece los trámites para la deuda externa del sector privado. En cuanto al régimen de importaciones se tienen: la providencia 066, de fecha 25 de enero de 2005; 085 de fecha 31 de enero de 2008; 089 del 04 de agosto de 2008; 098 del 28 de agosto de 2009; 104 del 30 de junio de 2010 y la 108 del 23 de septiembre de 2011.

De la misma manera, mediante convenios cambiarios fueron regulados los precios para la compra de divisas y los respectivos tipos de cambio aplicados

a los diferentes rubros o actividades económicas. El último de éstos es el Convenio N° 35 suscrito de forma conjunta por el Ministerio del Poder Popular para la Banca y Finanzas y el Banco Central de Venezuela, en fecha 09 de marzo de 2016[126], el cual estableció dos tipos de cambio, a saber: un tipo de cambio protegido, para las importaciones de bienes de rubros del sector de alimentos, salud, y materias primas destinadas a estos sectores, y un tipo de cambio complementario flotante aplicable a instituciones internacionales con las cuales la República haya celebrado acuerdos o convenios, actividades de hidrocarburos y consumo por viajes al exterior.

Este convenio cambiario establece:

> Artículo 13: Todas aquellas operaciones de liquidación de divisas no previstas expresamente en el presente Convenio Cambiario, se tramitarán a través de los mercados alternativos de divisas regulados en la normativa cambiaria, al tipo de cambio complementario flotante de mercado.

De esta manera, la compra de divisas extranjeras para el pago de las obligaciones suscritas en contratos de franquicia que no entren dentro de los rubros mencionados en el convenio cambiario, quedan excluidas de dichas tasas de cambio antes mencionadas, produciendo un desequilibrio económico fundamental contrario a la igualdad ante la ley y la libertad económica consagrada en la Carta Magna, constituyendo una dificultad manifiesta para el ramo económico en el que se enmarcan las franquicias.

De la misma forma serán aplicables los convenios cambiarios N° 36 en cuanto a aquellas empresas que se dediquen a la prestación de servicios

[126] BANCO CENTRAL DE VENEZUELA. (BCV). Convenio Cambiario N° 35, Normas que regirán las operaciones del régimen administrado de divisas. [información en línea], fecha de consulta: 18 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.bcv.org.ve/ley/convenio35.pdf

turísticos y pagos de mercancías destinadas a la venta a pasajeros, y los demás convenios cambiarios en los aspectos que le sean aplicables siempre y cuando no choquen con el convenio cambiario N° 35. Observándose entonces limitaciones a la adquisición de divisas en aquellos casos en que un comerciante nacional quisiera adquirir una franquicia extranjera, e inclusive para la compra de materia prima para la prestación de los servicios y venta de bienes que no estén dentro de los rubros protegidos, ello a la luz de los convenios cambiarios.

Respecto a la adquisición de divisas, la Ley del Régimen Cambiario establece ilícitos relacionados a la compra de divisas mediante medios no permitidos, y usando para el cálculo de su valor una tasa diferente a las establecidas unilateralmente por el Estado[127]. El instrumento *in comento* en su artículo 11, dice que es posible adquirir divisas mediante la compra a personas naturales o jurídicas del sector privado o a través de la banca del Estado, siempre y cuando se cumplan con los convenidos cambiarios dictados a tal fin. En cuanto a la fijación de precios de bienes y servicios, se señala en el artículo 22 *ejusdem* que no podrá hacerse usando como referencia un tipo de cambio distinto al permitido por la norma cambiaria o el fijado para la operación cambiaria[128].

[127] La asignación de divisas por parte del Estado a los particulares ha ido en descenso, lo cual afecta la empresa privada y entre ello a las franquicias. Al respecto, Contreras desarrolló un reportaje para el Diario de las Américas, en donde se ve reflejado dicha situación, haciéndose un análisis comparativo del año 2015 con el año 2014. CONTRERAS, A. (2016) Asignación de divisas en Venezuela cayó 65%. *Diario de las Américas.* [Artículo en línea], fecha de consulta: 02 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.diariolasamericas.com/asignacion-divisas-venezuela-cayo-65-n3578637

[128] Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (2015). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,* N° 6.210 (Extraordinaria), diciembre 30, 2015.

Asimismo, estipula una serie de sanciones de tipo pecuniario y penal por la comisión de ilícitos cambiarios, y en caso de que el infractor se trate de una persona jurídica la multa se eleva al doble del monto de la operación, aunado a la responsabilidad de los gerentes, administradores, directores y dependientes que actúen en representación de la sociedad[129]. De esta situación no escapa el mercado de franquicia, teniendo en cuenta la recomendación de precios que hace el franquiciante, y el poco acceso del franquiciado a la adquisición de divisas por los medios legítimos establecidos por el Estado, aunado a la imposibilidad de adquirir divisas por otros medios.

Normas que regulan la relación laboral y su incidencia en el contrato de franquicia

Respecto al tema de la franquicia y su incidencia en la relación laboral se ha verificado una controversia en razón de que algunos doctrinarios, como Añez, dicen que en algunos casos los comerciantes se amparan bajo el contrato de franquicia para eludir obligaciones laborales. Por su parte Peña afirma: “en esta relación, el franquiciado es independiente ya que se ha invertido su propio dinero y no se crean vínculos de subordinación esenciales en una relación laboral”[130]. La relación entre franquiciante y los trabajadores del franquiciado está clara, en el sentido de que quien selecciona el personal, gira órdenes, exige el horario, y realiza el pago del salario y demás incidencias laborales es el propio franquiciado, mientras que el franquiciante podrá, en tal caso, recomendar el perfil de los trabajadores.

[129] *Ídem*.

[130] PEÑA, L., *op. cit*., p. 233.

No obstante, Añez, ha afirmado que los límites de la relación franquiciante–franquiciado con respecto al derecho laboral no se encuentran bien definidos[131]. Este problema representa una extralimitación de la figura del contrato mercantil, que el caso de no cumplir con los extremos legales puede afectar relaciones laborales, trayendo como consecuencia la intervención del órgano jurisdiccional y que puede resultar peligrosa tomando en cuenta el proteccionismo estatal en materia laboral, dada la serie de principios y presunciones creadas en beneficio del trabajador.

Para reafirmar lo anterior, la *Norma Normarum* establece en su artículo 94 la responsabilidad de los patronos y contratistas en casos de fraude o simulación, es decir la primacía de la realidad por encima de las formas o apariencias, principio que en muchos casos ha querido ser aplicado en reclamaciones laborales por partes de franquiciados, a pesar de ello, hay que tomar en cuenta para ello dos aspectos: la especialidad de la materia mercantil y los elementos que conforman el contrato de franquicia, y al mismo tiempo los operadores de justicia deberán tomar en cuenta el llamado test del haz de indicios para comprobar la relación laboral, respetándose en todo momento el derecho al debido proceso de ambas partes.

No se trata aquí de negar la posibilidad de que las franquicias se usen para vulnerar derechos laborales, pero tampoco puede descartarse la hipótesis de franquiciados que pretendan beneficiarse de las normas laborales para eludir los compromisos adquiridos bajo el contrato de franquicia. Ahora bien, bajo el imperio de la seguridad jurídica, la actividad probatoria en un debido proceso, con garantías de independencia y celeridad procesal, podrá establecerse la verdad procesal, sin dar cabida a

[131] AÑEZ, C. (2013). La franquicia en las empresas cerveceras y relación laboral encubierta. *Revista Fermentum,* año 23, N° 67, pp. 228-233.

especulaciones que no aportan verdaderas soluciones al complejo entramado jurídico al que se encuentra sometido el contrato de franquicia en Venezuela.

Lo preocupante de la situación es que al tratarse los aspectos laborales de una material social, será el fuero laboral el que atraerá para conocer del caso, pudiendo desconocer el Juez muchos aspectos especiales de la materia mercantil. Aunado a ello, la inversión de la carga de la prueba impone la obligación al franquiciante de demostrar la inexistencia de la relación laboral, complicando esto el panorama para él. Por todas estas razones, el franquiciante y el franquiciado deben establecer de forma muy específica y clara sus obligaciones, y tener un cuidado extremo en no incurrir en uno de los elementos que pudieran generar duda de la verdadera naturaleza del contrato. Toma aquí extrema relevancia la confianza, pero también los deberes de supervisión, que serán garantía de una efectiva consecución de los objetivos de la franquicia, bajo parámetros de legalidad y éxito, porque el respeto de los derechos laborales contribuye a la buena percepción de la franquicia ante los consumidores y fortalece las probabilidades de éxito de la misma.

Relajación de normas generales mercantiles en el marco de un contrato de franquicia

Revisión de los libros del comerciante

El franquiciado es un comerciante. De esta condición se derivan toda una serie de implicaciones a la luz del derecho mercantil, esto es, derechos y obligaciones. Dentro de las obligaciones del comerciante bien sea individual

o una persona jurídica, está llevar la contabilidad mercantil, conforme a las disposiciones del Código de Comercio. La norma sustantiva que establece dicha obligación es el artículo 32 del citado código[132], y refiere que los libros que deben ser llevados obligatoriamente por el comerciante son: libro diario, libro mayor y libro de inventarios, además de los libros auxiliares que considere conveniente el comerciante.

En este orden de ideas, en el libro Diario se asientan las operaciones diarias que ejecuta el comerciante, valga la redundancia. En el libro de Inventario se hace una estimación de los bienes, acreencias y deudas; y, finalmente, en el libro Mayor el resumen de las operaciones del libro diario. De la misma forma, establece el artículo 260 *ejusdem* que en caso de tratarse de personas jurídicas con forma de sociedades en nombre colectivo y compañías anónima (la cual es la forma más común en materia de franquicias), se deben llevar además: el libro de accionistas, en donde se asienten los datos de identificación de éstos, las acciones que hayan suscrito y cesiones de éstas; el libro de actas de asamblea y de la junta directiva[133].

Los mencionados libros reflejan la actividad, situación y decisiones de la sociedad mercantil. La información que se asienta en ellos debe ser cierta, ya que de ésta depende la conformación de los balances y estados de resultados, y a su vez con base a éstos se toman las futuras decisiones y políticas que van a implementarse en la sociedad. Siendo los libros reflejo de la situación de la actividad del franquiciado, es lógico que el franquiciante quiera acceder a la revisión de éstos para monitorear el funcionamiento de la red. Por ende, una de las obligaciones comunes del franquiciado es:

---

[132] Código de Comercio. *op. cit*.

[133] *Ídem*.

> [A]ceptar el sistema contable impuesto por el franquiciante y presentar informes periódicos en materia económica y financiera que éste le exija […] informar periódicamente la gestión, suministrándole los datos, estadísticas sobre el desarrollo de su negocio, pues ello permite a este último el seguimiento de los resultados y el control del funcionamiento de toda la red[134]

Los lineamientos para la elaboración de los contratos de franquicia establecen dentro de las obligaciones del franquiciado, el deber de permitir inspecciones en los locales o medios de transporte según el tipo de franquicia de que se trate, controles a los productos o servicios prestados y a los inventarios y cuentas del franquiciado. Las dos primeras obligaciones tienen su razón suficiente, debido al interés que tiene el franquiciante de conocer la forma en que se presta el servicio, el buen estado de las instalaciones y que los productos que se venden sean de calidad, así como el cumplimiento de estándares de servicios prestados, la medición de la efectividad del negocio, y los estudios correspondientes que comprueben el éxito de su negocio, la revalorización de su marca, entre otros.

Asimismo, el instrumento *sub examine*, dispone la obligación que tiene el franquiciado de permitir al franquiciante el acceso a inventarios y cuentas. Esto permite conocer el estado contable y financiero de ese establecimiento, así como de la relación proporcional que guarda esto con las regalías y porcentajes destinados a publicidad que deben ser pagados, los cuales precisamente tienen como base de cálculo los ingresos de ese franquiciado.

Ahora bien, para entender el alcance de esta obligación, es importante conocer a que se refiere el ente administrativo que dictó los lineamientos, con los términos “inventarios y cuentas”. Por inventario se entiende: “asiento de

[134] PEÑA, L., *op. cit.,* p. 237.

los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona o comunidad, hecho en orden y distinción […] su práctica es corriente para determinar el activo y pasivo…"[135]. Por cuenta se entiende: "Pliego o papel en que está escrita alguna razón compuesta de varias partidas, que al fin se suman o se restan".[136] En consecuencia, ambas son el reflejo del activo de la empresa y es innegable entonces, que siendo los libros del comerciante el lugar donde se asienta dicha información el franquiciado deba exhibir su contabilidad al franquiciante de acuerdo a los citados lineamientos.

A pesar de lo coherente que resulte el interés del franquiciante en la revisión de los aspectos contables de su franquiciada, se debe revisar que ello sea acorde a las disposiciones legales. Respecto a los libros del comerciante el Código de Comercio indica en qué casos deben ser exhibidos los libros y su valor probatorio. Respecto a la fuerza probatoria, señala el artículo 38 *ejusdem* que los libros pueden hacer prueba entre comerciantes por hechos de comercio, debiendo para ello cumplir con los requisitos de sellado ante el Registro Mercantil, y no haberse alterado sus asientos, dejado alguno en blanco y no llevar enmendaduras ni estar mutilados.

En cuanto a la exhibición de los libros, establece la norma sustantiva que sobre ellos no podrá hacerse pesquisa de oficio por algún Tribunal o autoridad, salvo los casos que señala el Código (sucesiones universales, comunidad de bienes, liquidación de sociedades, quiebra o atraso), si en algún caso un Tribunal dentro del curso de una causa requiriere información que conste en los libros llevados por el comerciante, no puede exigirse que

---

[135] OSSORIO, M. (s/f). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L, p. 397.

[136] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (RAE) Diccionario la lengua española. Edición del Tricentenario. [información en línea], fecha de la consulta: 19 de febrero de 2017. Disponible en: http://dle.rae.es/?id=BaAYElz|BaBHQBF

sean sacados del establecimiento, y la revisión recaerá sobre aquellos que guarden relación con el caso.

De lo antes señalado se deduce que los libros del comerciante son de carácter privado, y sólo pueden ser revisados por la autoridad judicial, y por un funcionario debidamente habilitado en ejercicio de la potestad tributaria del Estado, por mandato del Código Orgánico Tributario, entendiéndose el secreto sobre la contabilidad del comerciante como parte de del principio de la inviolabilidad de las comunicaciones. Morles, explica que "los supuestos del Código de Comercio en los cuales esta prueba es procedente siguen siendo las únicas excepciones al principio constitucional de reserva de los documentos privados".[137]

Tomando en cuenta lo citado, se puede afirmar que la obligación del franquiciado de exhibir cuentas e inventarios, reflejado en los libros contables, contraría las disposiciones del Código de Comercio en cuanto a la exhibición de éstos, en virtud del franquiciante tratarse de una persona privada, yendo de la misma forma en contra de lo establecido en la Constitución, en virtud de irrumpirse el principio de reserva de dicha información. Por lo cual si el franquiciante requiere de la revisión de los libros deberá hacerlo con ocasión de un proceso judicial.

En cuanto a la validez de la disposición establecida por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, debe entenderse que son normas de rango sub-legal emanadas de una autoridad administrativa que no pueden contrariar normas de rango legal y constitucional. En éste sentido, el franquiciante podrá negarse a la exhibición de su contabilidad, aunque no puede eludir la obligación de informar sobre la

[137] MORLES, A., *op. cit.,* p. 418.

situación económica de la sociedad, no implicando ello la revisión de sus libros contables.

Restricción de sub-franquiciar y ventas de acciones

Los lineamientos para los contratos de franquicia desarrollados por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia –hoy Superintendencia Antimonopolio—, recomiendan establecer dentro de las obligaciones del franquiciado la prohibición de cesión de los derechos y obligaciones derivados del contrato de franquicia a terceros sin la autorización del franquiciante. Esto se puede entender por un lado como una prohibición de sub-franquiciar, y por otro lado puede implicar un límite a la venta de acciones o cuotas de participación, o a la venta del fondo de comercio en el caso del comerciante individual.

Las razones para dicha prohibición derivan de uno de los elementos característicos del contrato de franquicia, el cual es un contrato de colaboración empresarial *intuito personae* y, en consecuencia, predomina en él un elemento personal muy marcado, hasta tal punto que llega a considerarse que la relación de las partes es muy estrecha por la confianza depositada.[138] Por un lado el franquiciante confía en el franquiciado aspectos que se pueden definir como secretos dentro de la organización, y de cuya revelación pueda depender el éxito de la red, y así mismo confía en él el éxito de la marca a sabiendas que cualquier desacierto afecta el posicionamiento del negocio y con ello a toda la estructura.

[138] SILVA-SANTISTEBAN, *op. cit.*

Por otro lado, el franquiciado aporta, además, de uno o varios pagos, la confianza en el franquiciador, y en que los conocimientos técnicos que éste transmita serán suficientes para obtener el éxito. Inclusive, doctrinarios como González y González, van más allá y afirman que además del contrato de franquicia, las partes suscriben una especie de contrato psicológico en el cual se establecen una serie de valores.[139] En consecuencia, el franquiciante debe elegir con mucha atención a sus franquiciados. Usando las palabras de Quiles: "…el franquiciante decide contratar con un determinado franquiciado, atendiendo a sus cualidades y situación personal"[140].

Por ello, atendiendo a ese elemento personal, la práctica en el mercado de las franquicias ha sido incluir la cláusula donde se prohíbe la cesión sin autorización del franquiciante, e inclusive establecerla como causa de resolución del contrato en caso de incumplimiento, siendo explicadas dichas razones por la doctrina:

> Deberá asegurarse en el mismo contrato que el franquiciado no ceda directa o indirectamente sus derechos dimanantes del contrato a terceras personas a no ser que el franquiciador consienta, de forma expresa. Esta limitación personal tiene su lógica…si la persona en la que ha confiado el franquiciador (normalmente el administrador de la sociedad y socio mayoritario) para explotar el establecimiento de la cadena de Franquicia, dejase de ser socio o perdiese la mayoría, podría quebrantar esta confianza depositada por el franquiciador en el franquiciado en atención a sus cualidades en el momento de decidirse por este franquiciado o no[141].

[139] GONZÁLEZ, E y GONZÁLEZ, R. (1992), *op. cit.*, p. 49.

[140] QUILES, C., GAST, O. y GAJO, J., *op. cit.,* p. 23

[141] *Ídem*.

La disposición en cuanto a la sub-franquicia no encuentra limitaciones legales. No es el caso de la cesión de los derechos mediante una venta de acciones o cuotas de participación, cuya prohibición en el contrato es cuestionable. Debe tenerse en cuenta que la cualidad de franquiciado puede detentarla tanto un comerciante individual como uno colectivo, es decir mediante una persona jurídica. En cuanto a éstas últimas, no debe olvidarse su verdadera naturaleza que es la creación de una persona distinta a sus socios, que tendrá personalidad jurídica y con ello la adquisición de la capacidad contractual. Si bien, la persona jurídica actúa a través de sus administradores, no se debe entender que son éstos quienes contratan, por el contrario, es la sociedad la que lo hace, situación que debe tener clara el franquiciante.

Por ésta razón es necesario analizar la posibilidad de que tomando en cuenta el elemento personal del contrato de franquicia, el franquiciante pueda limitar la cesión o venta de acciones o cuotas de participación de una sociedad mercantil cuando ello amenace sus derechos. Para abordar éste aspecto, se tomará en cuenta únicamente lo referente a la transferencia de acciones de las sociedades anónimas, figura que hoy en día es la más común en virtud de sus características y la ausencia de límites para el capital permitido de éstas, a diferencia de otras formas asociativas mercantiles.

En cuanto a la transferencia de las acciones de las sociedades anónimas, Pont (*Apud. Morles, A. (2006).)* escribe que “la transmisibilidad de la acción es un principio esencial del derecho de sociedades anónimas”[142]. La acción representa el aporte del accionista al capital social, y por ello son de su propiedad y forman parte de su patrimonio, siendo lógico pensar que pueden

[142] MORLES, A., *op. cit.,*p. 1.240.

disponer de ellas de forma libre, sin embargo pueden establecerse limites a éste derecho que pueden derivar directamente de la ley, de convenciones entre los socios posteriores a la suscripción del documento constitutivo y estatutos sociales, u originarse *ab initio* por su inclusión en los estatutos sociales[143].

En cuanto a las primeras, algunas leyes como la Ley de mercado de valores[144], regula el uso de información privilegiada al momento de venta de acciones y la sanción por la divulgación de ésta, sin embargo, las franquicias en Venezuela no poseen una norma específica que contemple ésta situación. Otra de las limitaciones está referida a los acuerdos de los mismos socios para reglar la transferencia de acciones, que tienen aplicación para los suscriptores del documento social pero no es ajustable al contrato de franquicia porque el franquiciante es una persona ajena a la sociedad mercantil.

Las limitaciones pueden haber sido establecidas *ab initio* en los estatutos sociales, tal es el caso de pactarse el derecho de preferencia en la adquisición de acciones ofertadas por parte de los accionistas para preservar el elemento personal. Aunado a ello, pueden existir en los estatutos cláusulas de *gradimento*, que suponen un "visto bueno" o *placet*, al nuevo accionista, bien sea por parte de la asamblea o cuando aquel haya cumplido unas determinadas condiciones.[145] Nótese que estos casos es el mismo órgano social (Asamblea) el que da la aprobación, o no, de la trasferencia de las

---

[143] *Ídem*.

[144] La ley de mercado de valores consagra en su artículo 70 la definición de información privilegiada. En el artículo 100 prohíbe a los funcionarios de la Superintendencia de suministrar información privilegiada. La antigua Ley de mercado de capitales establecía de forma más amplia dicha prohibición.

[145] MORLES, A., *op. cit.,* p. 1.243.

acciones. Pero en el caso de la franquicia, se trata de un tercero quien debe dar la autorización, por lo que requiere atención especial.

Respecto a las formalidades necesarias para la venta de acciones, el Tribunal Supremo de Justicia es conteste en considerar que el único requisito para que surta plenos efectos es la inscripción en el libro de accionistas. Es por ello que en sentencia de la Sala Constitucional de fecha 08 de julio de 2014, se desarrolla tal aspecto, y se cita el criterio adoptado en otro fallo de la misma sala de fecha 05 de marzo de 2004 en donde se afirma:

> En efecto, en las sociedades de capital la identidad de los socios es irrelevante para el crédito de la compañía (*artículo 201, ordinal 3° del Código de Comercio*), por lo tanto, al no ser la venta de acciones una modificación que interese a terceros, no se requiere de su inscripción en el Registro Mercantil, tal y como lo preceptúa el *artículo 19, ordinal 9° ejusdem. Además con la sola inscripción en el libro de accionista de la venta de acciones se acredita al comprador como socio frente a la sociedad y a terceros.*[146]

Analizados los aspectos antes esbozados, se considera que el franquiciante no tiene la facultad de limitar la transferencia de las acciones, pues hacerlo iría en contra de los principios que regulan la acción como título –y como sinónimo del conjunto de derechos del accionista de las sociedades mercantiles. Como se indicó anteriormente, es entendible el interés del franquiciante de controlar la titularidad de las acciones, no obstante los administradores a *motu propio*, pueden solicitar la autorización del franquiciante para tal fin, pero en caso contrario no hay norma que establezca la nulidad de dicha cesión o venta, siendo en éste caso un riesgo

[146] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 807, de fecha 08-07-2014 (Igor Flasz Goldberg). [documento en línea], fecha de consulta: 09 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/166616-807-8714-2014-13-1157.HTML

que debe correr el franquiciante ante el escenario planteado, e inclusive ante un posible embargo de las acciones de uno de los socios. En todo caso, el franquiciante conservará el derecho de rescindir el contrato de franquicia cuando haya operado una transferencia de las acciones sin su autorización, siendo necesaria para ello la incorporación de dicha cláusula dentro del contrato de franquicia.

Inclusión o ausencia de la cláusula arbitral dentro del contrato de franquicia

Es posible que en las relaciones entre franquiciante y franquiciado puedan surgir disputas, que deban ser resueltas por el órgano jurisdiccional. Para ello hay que tomar en cuenta la posibilidad de que alguno de las dos partes tenga su domicilio fuera del territorio de la República por lo que el contrato debe definir claramente la jurisdicción aplicable. Sin embargo, ante el silencio de las partes sobre tal aspecto, se deben aplicar las normas pertinentes en materia de derecho internacional privado[147].

Las partes pueden acordar someter el conocimiento de los conflictos derivados de la ejecución del contrato al arbitraje comercial, el cual es definido como:

> un mecanismo de resolución de disputas, donde a partir de un convenio, se generan efectos procesales evidentes. El convenio creador del arbitraje le concede a una tercera persona, el árbitro, la

[147] YORIS, J., *op. cit.,* p. 73.

> facultad de emitir una decisión vinculante a las partes que proveyeron por la celebración del procedimiento arbitral.[148]

Dicho mecanismo alternativo de resolución de conflictos, reconocido por la Constitución, está regulado en Venezuela por la Ley de arbitraje comercial,[149] instrumento que contempla los casos puede ser aplicado, los tipos de arbitraje, procedimiento, entre otros aspectos. Es común que en el contrato de franquicia se incluya la cláusula arbitral.[150]El arbitraje comporta ciertas ventajas como la celeridad, la confidencialidad –elemento importante para la protección de los secretos empresariales—, la posibilidad de fijar pautas procedimentales por las partes, la mayor confianza derivada de la escogencia de los árbitros, entre otras. En cuanto a dicho mecanismo se afirma que "no existen argumentos jurídicos que impidan la utilización del arbitraje como medio escogido por las partes para la resolución de las disputas que pudieran generarse entre ellas".[151]

Para poder someter un conflicto cualquiera al arbitraje, es necesaria la inclusión de una cláusula arbitral en la que se manifiestan la voluntad de ello, renunciando al juez natural. La ley de arbitraje comercial establece la formalidad de dicha cláusula arbitral y hace una especial referencia a los contratos de adhesión, como lo es el contrato de franquicia. El aparte final del artículo 6 de la citada ley, menciona que "en los contratos de adhesión y en

---

[148] MOGOLLÓN, I. (2004). *El arbitraje comercial venezolano*. Caracas, Venezuela, Editorial Vadell Hermanos, p. 17.

[149] NÚÑEZ, R., *op. cit.,* p. 100

[150] Esta aseveración coincide con las hechas por Núñez, cfr. NÚÑEZ, R., *op. cit.*, p. 100.

[151] *Ídem*.

los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente"[152].

El argumento para entender esta disposición se encuentra en que en el contrato de adhesión las partes no se encuentra en igualdad de condiciones, sino que una de ellas, en éste caso el franquiciante, establece las pautas inaudita parte al débil jurídico; el franquiciado, quien sólo se limita a aceptar, o no, la cláusulas del contrato. En este sentido, y con el ánimo de proteger que la voluntad del franquiciado de someterse al arbitraje no esté viciada, el legislador establece que el acuerdo que contenga la cláusula arbitral debe hacerse mediante un documento adicional al de contrato de franquicia. En consecuencia podría alegarse la nulidad de la cláusula arbitral si la misma está contenida en el propio contrato de franquicia. No obstante, la nulidad sólo afectaría la validez de la cláusula arbitral, mas no al resto del contrato.[153]

El contrato preliminar de franquicia

Antes de la celebración del contrato de franquicia se pueden realizar negociaciones tendientes a que las partes traten los aspectos sobre los cuales va a versar el contrato de franquicia, que aunque por ser de adhesión, debe ser conocido su alcance por el contratante (franquiciado). También esas primeras negociaciones o acuerdos de intención, representan especial importancia para el propietario de la franquicia, quien podrá evaluar el perfil del posible franquiciado. Aguilar, define el contrato preliminar como: "un contrato que sólo produce el efecto de obligar a las partes a celebrar entre sí

[152] Ley de arbitraje comercial. (1998). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* N° 36.430 (Ordinaria), abril 07, 1998.

[153] NÚÑEZ, R., *op. cit.,* p. 100.

un futuro contrato; y es unilateral o bilateral según se obliguen a celebrar el futuro contrato una de las partes o ambas".[154]

Es por ello que se destacan tres momentos en la fase preparatoria al contrato principal, a saber: 1) intercambio de información más relevante, tal como: información personal del franquiciado, sobre su experiencia y solvencia, entrega por parte del franquiciante –por escrito— del condicionado básico, documentos que avalen la titularidad de la marca y patente, entre otros; 2) demostración por parte del franquiciante sobre el negocio, lo cual debe hacerse en el centro piloto de éste; y, finalmente, 3) la información sobre la exclusividad, pagos, volúmenes mínimos de venta.[155]

En los acuerdos de intención, también debe dejarse claro en qué momento se firmará el contrato definitivo, razón por la cual no se debe considerar que éstos acuerdos sustituyan al contrato de franquicia.[156] En cuanto al efecto de éste tipo de contratos debe distinguirse si se trata de un contrato preliminar o de una tratativa o lo que se conoce tratos previos. De acuerdo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual en sentencia establece el valor de los contratos preliminares de compra-venta, señala que las tratativas no vinculan a las partes, salvo los casos de rupturas abusivas en donde una de las partes actúe de buena fe[157]. Indiferentemente de que las partes suscriban un contrato preliminar de franquicia, o que comiencen a

---

[154] AGUILAR, J. (2004). *Contratos y Garantías.* Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, p. 187.

[155] MORLES, A., *op. cit.,* p. 2.477.

[156] NÚÑEZ, R., *op. cit.,* p. 57.

[157] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 878 de fecha 20-07-2015 (Panadería La Cesta de los Panes C.A vs Promotora Pomarrosa C.A). [documento en línea], fecha de consulta: 26 de febrero de 2017. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML

establecer las condiciones para un futuro contrato mediante tratativas, puede considerarse que se generan ciertas obligaciones como el deber de la confidencialidad o secreto empresarial.

Por otro lado, a pesar de que la Sala Constitucional considera que el valor del precontrato es la producción de un efecto meramente instrumental (generar la obligación de prestar el consentimiento para suscribir un contrato futuro), se discurre la aplicación análoga de los mismos efectos al precontrato de franquicia. En consecuencia, no se puede afirmar que por la celebración de un contrato preliminar se obligue a la celebración del contrato de franquicia, ya que, como fue explanado *ut supra*, la función de los primeros es conocer el perfil del franquiciado y delimitar ciertos aspectos de la negociación, los cuales por la especialidad de la materia puedan llevar a la negativa del franquiciante a la suscripción del contrato final. Sin embargo el perjudicado podría exigir el resarcimiento de los daños ante la no conclusión del acuerdo.

El contrato verbal de franquicia

Anteriormente fue establecido que una de las características del contrato de franquicia es que el mismo es consensual, es decir, se requiere del consentimiento de las partes para perfeccionarse, como sucede con la compra-venta. Ahora bien, respecto a la forma para otorgar dicho consentimiento surge la interrogante sobre la posibilidad de que aquel pueda darse de forma verbal. Para Núñez, en materia mercantil priva el principio de libertad de las formas contractuales. Pero eso no obsta a que respecto a este principio no surjan inconvenientes prácticos sobre la prueba del contrato. Por ello, se establecen formalidades, distinguiéndose las formalidades *ad*

solemnitatem las cuales son necesarias para la existencia del contrato de las formalidades *ad probationem,* que se refieren a las necesarias para la prueba de aquel.[158]

Al tratarse el contrato de franquicia de un contrato atípico, ninguna norma consagra la exigencia de que el mismo deba hacerse por escrito, por ello debe estudiarse a fondo su esencia para conocer lo que supondría el perfeccionamiento del consentimiento. Kleidermacher es del criterio de considerar que el contrato debe hacerse por escrito, en virtud de que en éste tipo de contratos no existe una manifestación tácita del consentimiento (*Apud.* Núñez. (2004).).[159] Por otro lado, Hernández cree que para la existencia del contrato no se requiere la escritura del mismo, sin embargo no puede prescindirse de dicha formalidad para los efectos de las licencias, marcas y patentes (*Apud.* Núñez. (2004).).[160]

Lo correcto es considerar que el contrato de franquicia debe otorgarse por escrito, ya que, como fue referido anteriormente el mismo entraña la licencia de marca y de uso de otros signos distintivos, que de acuerdo a las normas del SAPI, para otorgar su licencia debe preceder un contrato en donde se manifiesta la voluntad de ello, por ésta razón no puede afirmarse que el otorgamiento de la licencia de marca se haga mediante un contrato verbal, ya que en caso de llevarse a cabo, el ente competente para registrar dicha autorización no procesará la misma, careciendo el franquiciado de uno de los elementos que dan forma al modelo como lo es el uso de la marca.

---

[158] NÚÑEZ, R., *op. cit.,* p. 53.

[159] *Ibídem*, p. 54.

[160] *Ídem.*

Asimismo, partiendo de los requisitos técnicos del contrato, en donde debe preverse todo tipo de aspectos para el buen desarrollo de las relaciones comerciales “franquiciante-franquiciado”, en principio no da cabida a que las mismas puedan acordarse únicamente de forma verbal, en virtud de correrse el riesgo de indefensión de los derechos de las partes ante un eventual litigio, considerando la dificultad de probar dichas disposiciones pactadas oralmente con anterioridad. Sin embargo tomando en cuenta la naturaleza dinámica de las relaciones comerciales, no puede negarse tajantemente que en la práctica se pueda presentar una relación de franquicia que surja sobre la base de la confianza entre las partes sin preceder un contrato escrito.

Suponiendo ello un examen futuro e hipotético por parte del órgano jurisdiccional, deberán analizarse los extremos de la situación de hecho que se presente por la ausencia de regulación específica de éste tipo de negocio. Se debe apuntar que si ya es difícil, con la situación normativa actual y la tendencia del derecho comercial en materia de franquicias, la delimitación del contenido de un contrato escrito, sería mucho más dificultosa una hipotética solicitud por ante un órgano jurisdiccional de cumplimiento o resolución o, si se quiere, mero declarativa de la existencia de tal contrato, por lo que lo ideal es la celebrar por escrito este tipo de negocios jurídicos.

CAPÍTULO III

Revisión de la regulación del contrato de franquicia en el derecho español

A diferencia de otras instituciones jurídicas, cuyo recorrido puede ser trazado desde la Antigüedad, el contrato de franquicia es relativamente nuevo. Por esta razón, su modelo es desarrollado cada vez con mayor auge para cubrir las necesidades actuales tanto para los mercados nacionales, como para los internacionales. Este no ha sido el caso venezolano, como ya se ha explicado antes, lo que hace necesario que para poder crear una legislación nacional futura propia, se examine la regulación en otros ordenamientos jurídicos.

En países como Brasil, el contrato de franquicia se encuentra regulado expresamente, lo cual se traduce en mayor protección a las partes y proporciona seguridad jurídica. De igual forma, se evidencia la importancia del modelo y la rapidez del legislador para tratar situaciones que surgen en la sociedad. Para poder cumplir con este cometido, se hará una revisión de la normativa correspondiente al Reino de España, partiendo de la normativa comunitaria, al pertenecer este Estado a la Unión Europea.

Normativa comunitaria europea

La primera regulación del contrato de franquicia surge con la emblemática sentencia “PRONUPTIA” del año 1986. Con ella, se empezaron a trazar los elementos y los aspectos básicos de este tipo de contrato. Se trató de un

caso presentado ante un tribunal alemán, donde la figura resultaba poco conocida, por lo cual se sometió a resolución por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Después del análisis del caso, éste estableció las bases para los acuerdos de franquicia y sirvió de plataforma para el desarrollo del reglamento N° 4087/88.

La controversia versó, principalmente, sobre asuntos referidos a la libre competencia; sin embargo, dicha sentencia definió, quizá por primera vez y por parte de un órgano jurisdiccional europeo, lo que se entiende por franquicia al estipular que: "más que un módulo de distribución es una manera de explotar financieramente a un conjunto de conocimientos sin comprometer capitales propios".[161] De la misma forma, la sentencia estableció elementos básicos que diferencian el contrato de franquicia de otros contratos, como la conservación de la autonomía de los franquiciados. También señala que no se considera como actividad lesiva de la libre competencia a la obligación de aprovisionamiento, siempre y cuando sean dirigidas a mantener la homogeneidad del sistema, ello en virtud de considerar que es propio de la naturaleza del contrato.[162]

Otro aspecto relevante de la sentencia es el referido a la tipificación de la franquicia como de producción, de servicios y de distribución, tratándose en el caso en cuestión de un contrato de distribución en donde la franquiciante Pronuptia París S.A., confeccionaba vestidos de novia y accesorios para ser

---

[161] GONZALEZ, R. (2010). *Análisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la franquicia comercial en Colombia*. Tesis de grado publicada. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, p. 15, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis41.pdf

[162] LEXEMBURGO. OFICINA DE PUBLICACIONES DE LA UNION EUROPEA. Página web oficial. [documento en línea]. Fecha de consulta: 15 de abril de 2017. Disponible en: http://publications.europa.eu/resource/cellar/d0db92cf-c317-4dc1-bbc6-53cabc730b45.0008.02/DOC_1

vendidos por sus franquiciados. De igual forma, el punto más importante desarrollado en la sentencia y que sirve de marco para entender las franquicias, se refiere a los elementos del contrato y su revisión en concordancia con las normas que regulan la libre competencia.

A tenor de la decisión *sub examine*, no se consideran como restricciones a la libre competencia las normas que se dirijan a: la protección del *know-how;* control para la protección del rótulo (como incluir productos y mercancía del contrato en los locales destinados a tal fin y previamente aprobados por el franquiciante); a la prohibición de cesión sin consentimiento del franquiciante; a la restricción de aprovisionamiento de un tercero (siempre y cuando no restrinja totalmente la posibilidad de adquirir mercancía de otro proveedor); o, a las normas referidas al control sobre la publicidad. Asimismo, en cuanto al reparto de territorios e imposición de precios, el Tribunal consideró que se trata de actividades que afectan la el comercio y la libre competencia. [163]

Según González,[164] la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas sirvió para dar acogida a la franquicia y para entender que ésta es una herramienta útil para la distribución de bienes, que puede afectar la libre competencia. Es, entonces, uno de los más importantes preámbulos, usado como guía en las subsiguientes regulaciones y cuya relevancia se centra en delimitar la naturaleza del contrato, principales elementos y la posibilidad de éste de influir en otras materias comerciales como lo es el correcto desenvolvimiento de los mercados.

[163] *Ídem.*

[164] GONZALEZ, R., *op. cit.,* p. 19.

El contrato de franquicia en la legislación española

Evolución del tratamiento de la figura del contrato de franquicia dentro de la legislación española

El sistema de franquicias moderno en España surge con el sector automotriz a mediados del siglo XX. Pero es con la entrada de las franquicias extranjeras que se expande, afianzándose en los años 90 y continúa creciendo en la actualidad[165]. Se trata, pues, de una actividad comercial en ascenso[166], y al igual que el resto se encuentra permitida a la luz de normas constitucionales que sirven de marco para otra serie de instrumentos jurídicos que le contemplan directa o indirectamente, o permiten que sea la libertad contractual la que impere al momento de celebrar un acuerdo de franquicia.

En primer lugar debe mencionarse que al igual que en el caso venezolano, en España se maneja una Constitución escrita que configura la *norma normarum* dentro del ordenamiento jurídico español. A pesar de ello, hay una complejidad adicional que corresponde a la existencia de un organismo supranacional como lo es la Unión Europea, de la que España es parte desde 1985. En éste caso existen directrices emanadas de dicho organismo que son incorporadas al derecho interno español a través de instrumentos

[165] BURGOS, G. y FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 23.

[166] De acuerdo a datos suministrados por la Asociación Española de Franquiciadores en su informe anual 2016, se concluye que el sector de franquicias ha presentado incrementos respecto a la facturación, funcionamiento de establecimientos y generación de empleo; cfr. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIADORES. (2016). *La franquicia en España*, Estadísticas Nacionales, fecha de consulta: 21 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2017/03/Informe-AEF-La-Franquicia-en-Espa%C3%B1a-2017-1.pdf

jurídicos que se presentan de diversas formas como las relativas a las restricciones verticales, que regulan lo atinente a la libre competencia haciendo mención a las franquicias[167] y el Reglamento 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas[168].

Es también importante referir el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, el cual es una referencia para los países que forman parte de la Federación Europea de la Franquicia (E.F.F), a la cual pertenece la Asociación Española de Franquicias, por lo que existe un compromiso para velar por el cumplimiento de la normativa correspondiente mediante la adecuación de los códigos internos al Código Deontológico indicado[169]. Dicho esto, es menester indicar que la Constitución española es previa a la normativa comunitaria en la materia, pues la misma data del año 1978, por lo que, de seguido, se hará una mención sobre ciertas generalidades que permitan ubicar la franquicia dentro del marco constitucional español.

Al igual que ocurre con la Carta Magna venezolana, la española, contempla la libertad de empresa en los términos que siguen:

> Artículo 38: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo

[167] EUR-LEX. Página web de publicaciones de la Unión Europea. [base de datos], fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010XC0519(04)

[168] EUR-LEX. Página web de publicaciones de la Unión Europea. [base de datos]. fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32010R0330.

[169] ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIAS. (AEF). Código Deontológico Europeo de la Franquicia, fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.franquiciadores.com/legislacion/

> con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.[170]

Con esta norma, contenida dentro del título de los derechos y los deberes de los ciudadanos, se reconoce la libertad económica dentro del marco de una economía de mercado. De la misma forma, el texto hace un llamado a los poderes públicos para la protección y garantía de tal derecho, así como para la protección de la productividad teniendo como referencia las políticas de planificación y las exigencias de la economía. Partiendo de un marco constitucional garante de las libertades económicas, el sistema de franquicias puede desarrollarse a través del mismo, sumado a la regulación del contrato las disposiciones ya estudiadas, emanadas del Tribunal de las Comunidades Europeas, convirtiendo este sistema en una realidad inminente en este Estado ibérico, ameritando una normativa para reglar un contrato considerado normalmente como atípico.

Dicha necesidad se vio parcialmente satisfecha, inicialmente, mediante la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio de Minoristas, publicada en el Boletín Oficial del Estado en fecha 15 de enero de 1996, en donde se regularon las ventas especiales, incluyendo de forma desacertada al contrato de franquicias, y definiéndolas como:

> Artículo 62: 1. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra,

[170] Constitución Española (1978). *Boletín Oficial del Estado,* N° 311, diciembre 29, 1978, fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

> denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.[171]

De esta norma, se observa que la primera definición de franquicia contemplada en la legislación española logró un avance en la materia, dejando de ser un contrato innominado. Sin embargo, para doctrinarios como Rico, ésta da preeminencia a la relación franquiciante–franquiciado, y no a su calificación como venta especial, a pesar de ser ello precisamente el objeto de la ley.[172] Respecto al carácter que ostenta el contrato en España, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sala Civil, mediante sentencia en la cual se expresa lo siguiente:

> Ello hace que deba considerarse que en España, la franquicia es contrato nominado porque está previsto por el ordenamiento, pero sigue siendo atípico, porque no goza de regulación legal, lo que ha generado que, al igual que en Francia, que la Asociación Española de Franquiciadores se haya dotado de un Código deontológico, que no tiene efectos imperativos[173]

Además de definir lo que se entiende por franquicia, el citado artículo crea, conforme a su apartado segundo, el Registro de Franquiciadores junto con la obligación de éstos de inscribirse en dicho registro:

---

[171] Ley de 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista. (1996). *Boletín Oficial de Estado,* N° 15, enero 17, 1996. fecha de consulta: 12 de junio de 2016. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l7-1996.html

[172] RUIZ-RICO, C. (2008). *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos.* Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, p. 44.

[173] Tribunal Supremo España, Sala Civil, sentencia N° 145/2009 de fecha 09-03-2009. (Pedro Ramon, S.L vs Alimentació Capell, S.L), fecha de consulta: 29 de abril de 2017. Disponible en:http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4490744&links=%222266%2F2003%22%20%22145%2F2009%22&optimize=20090402&publicinterface=true

> Artículo 62: 2. Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio al Registro de Franquiciadores, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan.[174]

Se observa que, en su momento, se buscó controlar la identidad de las personas que se desempeñaban como franquiciantes, sin aprovechar la oportunidad para regular el contrato de franquicia de forma propia. Esto puede considerarse como una falencia, pues se omitieron aspectos que pudieron haberse incluido, como los derechos que se ceden, el objeto del contrato, definir de forma clara quienes son las partes y sus obligaciones más generales, las prestaciones permitidas y las prohibidas. A pesar de que el contrato dejó de ser atípico, es la voluntad de las partes el principio que rige el contrato, sin orientaciones generales de la ley y las normas referidas a los contratos en general.

Sobre esta disposición legal, Burgos y Fernández hacen un balance sobre los fallos, al afirmar lo siguiente: “Se echa de menos en ésta definición, un poco más de precisión en cuanto al contenido de derechos que se ceden, a la obligación de titularidad de un nombre comercial, de una marca, del *know-how*”.[175]. Tampoco se aprecian los requisitos que debían cumplir los franquiciantes para dicho registro, por tanto cualquier persona podría inscribirse en el mismo, sin tomar en cuenta la franquiciabilidad del negocio o la experiencia del franquiciante, desvirtuándose la naturaleza del registro en la protección de los potenciales franquiciados.

---

[174] Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, *op. cit.*

[175] *Ibídem*, p. 144.

Posterior a ello, en el año 1998 se dicta el Real Decreto N° 2485/1998 del 13 de noviembre, el cual desarrolla el artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Con éste, se procura llenar las lagunas de la ley estudiada anteriormente. El nuevo instrumento legal, consagra en su artículo 2, con suficiente amplitud, lo que se entiende como actividad comercial en régimen de franquicia, contemplando lo que ello abarca y la necesidad de tener suficiente experiencia en el desarrollo de la actividad comercial por parte del franquiciante. Asimismo, este instrumento permite diferenciar el contrato de franquicia de contratos como el de agencia que, como ya se apuntó en esta investigación, es uno de los tantos modelos que pueden llevar a confusiones, pero con claros elementos que le identifican y separan del de franquicia.

Se observa con especial atención que se incluye el deber de confidencialidad del franquiciado, lo cual permite apreciar que con el Real Decreto se da una cercanía al actual concepto de franquicia. De la misma forma define lo que se conoce como el acuerdo de franquicia *master*, adaptando la legislación española a la ya antigua sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas. De esta manera, se entenderá que el acuerdo de franquicia *master* es:

> …aquel por el cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema

> definido por el franquiciador, asumiendo el franquiciado principal el papel de franquiciador en un mercado determinado.[176]

Otro aspecto relevante es la disposición que contempla la información precontractual, la cual se debe entregar con un tiempo mínimo de 20 días, la cual se entiende que se realiza en protección del franquiciado. De igual forma, regula de forma detallada la institución del Registro de Franquiciadores (franquiciantes). Es por ello que a pesar de que con Real Decreto se desarrolla con mayor profundidad la franquicia en España, se observa que, para ese momento (1998), la regulación se dirigía a la actividad comercial, sin abordar aspectos sobre el contrato, las disposiciones y obligaciones mínimas de las partes, dejando nuevamente dichos aspectos a criterio y potestad de las partes en virtud del principio de libertad contractual y la autonomía de la voluntad.

Siguiendo con este punto, en el año 2006 se dicta una directiva comunitaria signada con el N° 123/2006/CE, mejor conocida como "Bolkestein", con el objetivo de facilitar el establecimiento de prestadores de servicios y circulación de éstos.[177] La directiva excluye de su aplicación a servicios financieros, servicios y redes de comunicación electrónica, servicios de transporte, sanitarios y servicios de seguridad privada, entendiéndose que es aplicable a las franquicias que no ejerzan las mencionadas actividades. Por tanto son relevantes las obligaciones que dispone para la prestación de actividades de servicios.

---

[176] Real Decreto 2485 de fecha 13 de noviembre de 1998. *Boletín Oficial de Estado,* N° 283, noviembre 26, 1998, fecha de consulta: 16 de abril de 2017. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd2485-1998.html

[177] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. *Diario Oficial de la Unión Europea*, diciembre 27, 2006, fecha de consulta 21 de abril de 2017. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:es:PDF

Lo sustancial de la directiva es brindar rapidez a los trámites administrativos para los prestadores de servicios, como los prestados por los sistemas de franquicias, por ello establece la prohibición de exigir la exhibición de documentos originales; implanta un sistema de ventanilla única, así como uno de autorizaciones en el que opera el silencio administrativo positivo, la prohibición de exigir inscripción en registros adicionales, salvo aquellos que prevea la directiva u otras normativas comunitarias. Tampoco podrá exigirse que el servicio sea prestado por una determinada forma societaria, ni que ésta posea un capital mínimo.

También se prevén requisitos mínimos en razón de protección de los usuarios de los servicios prestados, contemplando inclusive la posibilidad de exigir un seguro de responsabilidad civil buscándose asegurar una política de calidad, instando a que cada Estado fomente a la elaboración de códigos de conducta dentro de las organizaciones profesionales para facilitar la aplicación de la normativa. Para la adecuación de la directiva a cada derecho interno, se concedió a los Estados parte hasta el año 2009.

Atendiendo a esta directiva España modifica la normativa referida a la materia en cuestión y dicta la ley 25/2009 (conocida como Ley Ómnibus) de fecha 22 de diciembre de 2009 y publicada en el Boletín Oficial del Estado en fecha 23 de diciembre del mismo año, con la cual se adaptan diversos instrumentos jurídicos a la ley sobre el libre acceso a las actividades servicios y su ejercicio, con el cual se busca la reducción de trabas administrativas, tratando de simplificar los procedimientos para las prestaciones de servicios.[178]

[178] Ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. *Boletín Oficial del*

Posterior a ello, se dicta el Real Decreto 201/2010 de fecha 26 de febrero de 2010, emanado del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por medio de la cual se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicias y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. En cuanto a la actividad, este instrumento tiene como objeto regular lo referente a la cesión de franquicias, además, organizar el registro de los franquiciadores. Para su elaboración se tuvieron en cuenta los beneficios de las franquicias, por lo cual se entiende que el Ejecutivo español entiende las bondades de dicho sistema, al afirmar en una especie de preámbulo del decreto, que:

> La actividad comercial en régimen de franquicia, desarrollada por medio de los denominados acuerdos o contratos de franquicia, mejora normalmente la distribución de productos y la prestación de servicios, puesto que da a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que facilita la entrada de nuevos competidores en el mercado […]. A la vez, permite que los comerciantes independientes puedan establecer negocios más rápidamente y, en principio, con más posibilidades de éxito […]. Asimismo, los acuerdos de franquicia también pueden beneficiar a los consumidores y usuarios, puesto que combinan las ventajas de una red de distribución uniforme con la existencia de comerciantes interesados en el funcionamiento eficaz de su negocio.[179]

En este sentido, define en los mismos términos bajo los cuales se manejaba en el Decreto N° 2485/1998, lo que se entiende como actividad de

---

Estado, N° 308, diciembre 23, 2009, fecha de consulta: 20 de abril de 2017. Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=181492

[179] Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, *Boletín Oficial del Estado,* N° 63, marzo 13, 2010, fecha de consulta: 21 de abril de 2017. Disponible en: https://sie.fer.es/esp/Asesorias/Mercantil/Legislacion_Mercantil/Real_Decreto_2012010_26_febrero/webFile_12239.htm

franquicia, usando la misma definición dada por la modificación de la ley de ordenación del comercio minorista, dentro de la cual también se conceptualiza el contrato de franquicia. También, reitera los aspectos relativos a la información precontractual que debe presentar el franquiciador (franquiciante) al franquiciado, así como el deber de confidencialidad de éste último durante la etapa previa a la celebración del contrato.

Los aspectos variantes que se aprecian en éste Decreto se encuentran en la forma del Registro de Franquiciadores, por ello en su artículo 5 numeral 3 se establece que aquellas personas que se dediquen a la actividad de cesión de franquicias en España deben comunicar sus datos dentro de los tres (3) meses siguientes al inicio de su actividad, bien sea al Registro de Franquiciadores de las Comunidades Autónomas o, en su defecto, al Ministerio de Industria Turismo y Comercio. [180] Se entiende que se suprime la autorización que debía ser tramitada por ante el registro de franquiciadores, convirtiéndola en una participación o comunicación posterior, en atención a la prohibición de la directiva de exigir inscripciones en registros en aquellas actividades que no lo requieran.

En sintonía con el Real Decreto antes mencionado, y de forma casi simultánea, es publicado en el Boletín Oficial de Estado en fecha 02 de marzo de 2010, una reforma a la Ley de Comercio Minorista, la cual recibe por nombre Ley 1/2010 del 01 de marzo de 2010[181], donde se incluye una modificación al apartado 2 del artículo 62 de la Ley 7/1996. Dicha modificación va en concordancia con el Real Decreto 2485/2010, ya que se

[180] *Ídem*.

[181] Ley 1/2010 del 01 de marzo de 2010 de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. *Boletín Oficial de Estado,* N° 53, marzo 02, 2010, fecha de consulta: 23 de junio de 2017.Disponible en: http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/RyC_BOE-A-2010-33651.pdf

establece de igual forma el mismo plazo para la inscripción en el Registro de Franquiciadores.

Ahora bien, para Ruiz-Rico, con esto se pretendió regular, en primer momento, los riesgos que derivan del vínculo jurídico entre franquiciante y franquiciado, más no a la franquicia como tal.[182] Es decir, ha preferido el control del registro de aquellos que se dedican a la actividad de cesión de franquicias, más no la regulación del sistema y del contrato. Esto ha traído como consecuencia el menoscabo del alcance de su reconocimiento jurídico, creando desconcierto y violando el principio de paridad, en el sentido de que otros tipos de contratos, como el de agencia, han sido regulados por ley de forma específica.[183]

Para regular un contrato, primero deben tenerse en cuenta sus elementos esenciales, especialmente "la causa", que como explica Ruiz-Rico, es la ventaja o serie de ventajas que aporta este modelo tanto al consumidor como para las partes contratantes, y que da sentido a la función económica y social del contrato de franquicia.[184] Esta ventaja aparece con claridad en la normativa española, específicamente en el Real Decreto 201/2010, citado anteriormente. En el contrato de franquicia convergen una serie de negocios jurídicos (licencia de marca, agencia, suministro, compra-venta), sin que esto signifique que su causa sea la suma de éstos, ya que no podría cumplirse la causa si se alcanza la de los demás contratos de forma separada[185], con lo cual se percibe el carácter autónomo de la franquicia en contraposición de los contratos que la conforman.

---

[182] RUIZ-RICO, C., *op cit*., p. 35.

[183] *Ídem.*

[184] *Ibídem*, p. 37.

[185] *Ídem.*

De allí deriva la importancia de su regulación particular la cual debe ir más allá de un simple registro y de la fase preparatoria del contrato. La razón de que el legislador no haya incursionado a profundidad en el terreno de éste sistema-contrato puede encontrarse precisamente en que lo que Ruiz-Rico ha denominado el "sustrato plurinegocial" de la franquicia, que supone que engloba una diversidad de contratos, lo cual lleva a cuestionar la posibilidad de singularización o regulación especial. Por otro lado, a nivel Comunitario, la importancia de su regulación se encuentra en que la franquicia afecta, o puede afectar, normas que regulan la libre competencia, debiendo entonces el legislador adaptar las normas internas a las normas comunitarias que rigen la materia.

Se puede afirmar que el actual tratamiento del contrato de franquicia en España se hace mediante un instrumento emanado del poder ejecutivo, específicamente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que posee carácter legislativo. Caso contrario a lo que ocurre en Venezuela donde la única fuente de regulación directa del contrato de franquicia deriva de lineamientos que emanan del poder ejecutivo (Ministerio de Industria y Comercio a través de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia) y que no posee rango legal sino sub-legal.[186].

Condiciones Generales para la Contratación de Franquicias en España

Aunado a los diversos instrumentos jurídicos desarrollados por el legislador español en su intento de regular ciertos aspectos de la franquicia,

[186] Hoy en día Ministerio del Poder Popular para de Economía y Finanzas y Superintendencia Antimonopolio

las partes que pretendan desarrollar el sistema de franquicias deberán someter sus acuerdos a las disposiciones establecidas para regir la contratación. En el año 1998 se dictó la ley 7/1998 que establece condiciones generales de contratación, debiendo los franquiciantes adecuar sus contratos tanto a éstas como a lo dispuesto al Real Decreto 201/2010. La primera, pretende proteger tanto a los consumidores y usuarios de cláusulas abusivas, como aquellas personas que contraten bajo condiciones generales, es decir mediante contratos de adhesión como lo es el contrato de franquicia.

En la exposición de motivos de la ley[187] se establece el alcance de la aplicación de la misma a los contratos entre profesionales, que es precisamente donde encuadra el contrato de franquicia. Allí, se indica que no es de aplicación automática, como si ocurre en los casos en donde una de las partes sea un consumidor, por lo que se someten los contratos de franquicia que posean cláusulas abusivas generales de la nulidad contractual, afirmándose que:

> Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.[188]

Respecto a las condiciones generales de contratación se entienden que son aquellas cláusulas predispuestas por una de las partes en una pluralidad de contratos, es decir sin estar sujetas a discusión por la otra parte,

---

[187] Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación. *Boletín Oficial del Estado,* N° 89, abril 14, 1998, fecha de consulta 22 de abril de 2017. Disponible en: http://campus.usal.es/~derinfo/derinfo/CE/LCG.HTM

[188] *Ídem.*

existiendo también condiciones particulares que pueden variar según cada caso. Para que las condiciones generales del contrato surtan efecto es necesario que el predisponente las haya dado a conocer con antelación al adherente, caso contrario se entiende que no se ha otorgado el consentimiento, en los casos del contrato de franquicia se deberá tomar en cuenta también los lapsos exigidos para la información precontractual.

En este orden de ideas, uno de los requisitos para la contratación que deben cumplir los contratos de franquicia en concordancia con la Ley 7/1998 es que las cláusulas deben ser redactadas con claridad, transparencia, concreción y sencillez, según lo dispuesto en el artículo 5,[189] y así evitar confusiones que afecten el consentimiento y garantizar que la relación se lleve bajo el principio de la buena fe. En su caso, al existir disposiciones ambiguas u oscuras éstas se entenderán como no incorporadas en el contrato conforme al 7, *ejusdem*, salvo que dichas disposiciones hayan sido aceptadas expresamente por el adherente, y que no vayan en contra de una disposición específica, realidad que resulta prácticamente imposible al contrato de franquicia en virtud de que no se encuentra especialmente regulado.

La consecuencia de no incorporar las condiciones generales de contratación o que alguna de éstas sea considerada nula, se encuentra establecida en el artículo 8 y siguientes de la ley.[190] Conforme esta norma, la vulneración podría acarrear nulidad relativa o parcial del contrato, hasta, inclusive, la nulidad total del mismo, dependiendo si el contrato puede subsistir o no sin ésta. En caso de darse continuidad al mismo, la cláusula nula será suplida conforme a los principios de interpretación y de acuerdo a

[189] *Ídem*.

[190] *Ídem*.

los principios generales de los contratos. En cuanto a la interpretación de las cláusulas, la misma se hará de forma sistemática con el ordenamiento jurídico y en beneficio del consumidor o del adherente, a quien se considera como débil jurídico.

Respecto a la aplicación de la ley 7/1998 se discute si procede en el caso del contrato de franquicia, tal y como ha querido ser planteado por algunos sectores defensores de la franquicia, verbigracia el portal web *Infofranquicia*, en donde se afirma que cuando no esté de por medio un consumidor no podrá aplicarse la sanción de nulidad, llegando a la siguiente conclusión:

> la franquicia como contrato atípico, en este caso mercantil, suscrito entre dos empresarios independientes, se regirá (al margen de las escasas previsiones normativas específicas), en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que formulados, sin duda, en relaciones de buena fe y mutua confianza, debiendo, las mismas, producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual, y no a las normas protectoras de los consumidores y usuarios ni a ciertas normas (ej. Condiciones generales de la contratación) cuyos supuestos de hecho guardan escasa o nula conexión con las que derivan entre franquiciador y franquiciado.[191] (Subrayado propio).

De acuerdo a lo citado, no tendría nada que ver con el contrato de franquicia las disposiciones de la ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, no obstante ha quedado establecido que los contratos de franquicia si deben tomar en cuenta dicha normativa, sin embargo su aplicación dependerá del caso en particular, ya que como lo define la misma ley por el hecho de tratarse de una condición general de contratación no

[191] INFOFRANQUICIAS. Portal Franquicias Barcelona. [base de datos en línea]. Fecha de consulta: 22 de abril de 2017. Disponible en: http://www.infofranquicias.com/cd-6234/La-franquicia-y-condiciones-generales-de-la-contratacion.aspx

equivale a que la misma sea una cláusula abusiva. Así lo ha establecido la Audiencia Provincial Barcelona, en sentencia que toca aspectos de la resolución de un contrato de franquicia, sobre los pactos de salida y de no competencia entre las partes. Señala la Audiencia que:

> Pues bien, en el presente caso se ha de considerar que nos hallamos ante unos contratos de adhesión ya que la mayoría de las cláusulas de los mismos han sido establecidas previa y unilateralmente por la actora, sin que la demandada haya tenido la posibilidad de negociar o modificarlas, o por lo menos no en los aspectos sustanciales, siendo ello evidente en lo que se refiere a la cláusula discutida que contiene el pacto de no competencia. Por consiguiente, sí resulta de aplicación a los contratos analizados la ley que regula las condiciones generales de la contratación… Por consiguiente se ha de concluir que el pacto de no competencia estaba vigente y se había de cumplir por la demandada, no siendo aplicable en este caso el artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , que dispone que "Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.", porque entre este pacto y las condiciones particulares no existe contradicción alguna ya que, según se ha razonado, éstas últimas regulan cuestiones independientes y diferentes , que no se oponen ni resultan incompatibles con ese pacto. (Sic)[192]

De esta misma forma, Ribó y Poch creen que es habitual que el contrato de franquicia tome la forma de un contrato de adhesión y que, en ocasiones, deba aplicarse la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación[193]. En consecuencia, no puede afirmarse de manera tajante que la ley

[192] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, N° 201/2007 de fecha 28-03-2007. (JAMAICA'S FRANCHISINGS, S.L vs. HOSCAFVALENCIA, S.L), fecha de consulta: 23 de abril de 2017. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=500956&links=%22653%2F2005%22&optimize=20070531&publicinterface=true

[193] Ley 7/1998, *op. cit.*

únicamente será aplicable en los casos en que se vea involucrado un consumidor o usuario, sino que deberá revisarse el caso particular, tarea que corresponde al órgano jurisdiccional. Lo que no puede negarse es que facilitaría mucho más la tarea al Juez que conozca el caso la existencia de una norma específica para los contratos de franquicia, en contraposición de la situación actual en donde debe proceder a integrar diferentes instrumentos jurídicos, aumentando el riesgo de crear confusiones en torno al particular.

Registro de condiciones generales de contratación

Como ya fue explanado anteriormente, la franquicia pudiese estar inmersa, de acuerdo a la revisión del caso concreto, en situaciones donde se aplique la Ley de Condiciones Generales de Contratación (Ley 7/1998)[194], cuyo ámbito de aplicación se encuentra establecido en la ley y puede verse desde dos puntos de vista: uno territorial y otro subjetivo. En cuanto al ámbito territorial, de acuerdo al artículo 3, *ejusdem,* la ley será aplicable a los contratos celebrados en España aunque estén sometidos a otra legislación, siempre y cuando el consentimiento haya sido otorgado en territorio español y que el adherente tenga su residencia habitual en dicho territorio, entendiéndose que son condiciones que deben concurrir para que opere la aplicabilidad de la norma.

Sobre el ámbito subjetivo, o el que atiende a los suscriptores del contrato, será aplicable a los acuerdos celebrados entre un profesional (comerciante) y una persona física o jurídica y a aquellos suscritos entre un profesional y otro profesional independientemente de si éste se encuentra en ejercicio de sus

[194] *Ídem.*

actividades o actuando como un usuario. Así se deduce del contenido del artículo 2 de la norma en estudio. Con esto, se entiende que es aplicable a contratos de adhesión celebrados entre dos comerciantes, siempre y cuando estos contratos estén prediseñados, es decir que contengan cláusulas de aplicación general.

En éste caso, al ser el contrato de franquicia considerado como de adhesión, si se trata de un franquiciante español que suscribirá contratos dentro del territorio español sujetos a la legislación de ese país, o si se trata de un franquiciante extranjero que suscribirá contratos con empresarios españoles y dentro del territorio español deben inscribirse en el Registro de Condiciones Generales de Contratación regulado conforme al artículo 11 de la ley. Dentro de dicho registro deben inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación, con el objetivo de llevar un control tanto de las cláusulas como tal, como de cualquier reclamación y sentencia firme que tenga que ver con ésta.

En la ley, se hace una mención especial al régimen de las exclusiones. El artículo 4 de la Ley, no señala al contrato de franquicia dentro de éstas, en virtud de que no se trata ni de un contrato laboral o administrativo, ni constitutivo de sociedades, ni que refleje asuntos familiares o sucesorales, tampoco hay una ley o disposición que regule la materia. Por tanto, de la revisión del instrumento jurídico le es aplicable a los contratos de franquicia siempre y cuando cumpla con dichos aspectos, debiendo someterse el franquiciante a los registros y requerimientos exigidos a tal fin.

Contrato Verbal de Franquicia en España

Como ya fue planteado anteriormente el elemento de la escritura del contrato de franquicia es un elemento que, en principio, parece ser esencial, sin embargo no es alejado de la realidad la posibilidad de que se presente un contrato verbal de franquicia y que sea el órgano jurisdiccional el encargado de declarar la existencia de éste. Sin embargo, habrá que revisar si ello es viable a la luz de la legislación española. Al carecer de una norma que regule el contrato de franquicia de forma específica no se conocen cuáles deben ser los requisitos para la suscripción del mismo, sino únicamente aquellos derivados de la prohibición de cláusulas abusivas, y lo referido al registro de franquiciadores. No obstante, el real decreto 201/2010[195], regula lo atinente a la información precontractual y la forma en cómo debe ser presentada.

Al respecto, el artículo 3 exige que la información precontractual deba presentarse por escrito. Partiendo de ello, se podría inducir que si no puede presentarse de forma oral la información precontractual tampoco podría celebrarse el contrato principal de tal manera, razonamiento que se obtiene conforme al argumento de menor a mayor que señala que el que no puede lo menos, no puede lo más. Pero la realidad muchas veces supera las reglas de la lógica, es por ello que Burgos y Fernández[196] afirman que si se parte de la definición de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de lo que se entiende por actividad comercial bajo régimen de franquicia (definición que es ratificada en el real decreto 201/2010) es aquella que se realiza en virtud de un contrato, por lo cual es necesario un acuerdo de voluntades, sin embargo, no establece la forma en cómo deba manifestarse la misma.

[195] Real Decreto N° 201/2010., *op. cit.*

[196] BURGOS, G. y FERNÁNDEZ, M., *op. cit.,* p. 144.

En consecuencia, afirman los mismos autores que: “por lo que un acuerdo verbal que venga corroborado por la transmisión de los elementos propios de la explotación de un negocio podía ser perfectamente válido”.[197] Sin embargo, recomiendan que por la trascendencia del contrato deba hacerse por escrito, no descartan que pueda hacerse verbal. La posibilidad de contrato verbal de franquicia ha sido tocada incluso por la jurisprudencia española, en sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo Español[198], en donde se solicitaba la declaratoria de la existencia de un contrato de franquicia verbal, entrando a conocer el juzgado sobre el tema, concluyendo que el contrato suscrito entre las partes era de suministro y no de franquicias.

A pesar de no haberse declarado con lugar la solicitud, se puede apreciar que por el simple hecho de que el Máximo Tribunal haya procedido a hacer una revisión al respecto y no la haya negado de forma tajante, es indicador que la celebración verbal es viable, y habrá que revisar el caso particular con extremo cuidado para determinar la presencia de todos elementos del contrato de franquicia, ya que no existe norma expresa que exija la escritura, como si es existe para los precontratos de franquicia.

Registro de Franquiciadores

El Real Decreto 2485/1998 el cual se encargó; como ya fue explicado, de desarrollar el artículo 62 de la Ley de Ordenación del Territorio, establece un registro que conforme a su exposición de motivos, pretendió centralizar los datos de los franquiciantes (franquiciadores) para llevar un censo de las

[197] *Ídem.*

[198] Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, N° 145/2009., *op. cit.*

empresas que desarrollen la actividad comercial bajo el sistema de franquicias en España. Dicho registro fue llevado por cada Comunidad Autónoma[199] en donde cada franquiciante tuviese su sede social o domicilio.

Luego de ello, con el Real Decreto 201/2010, se continúa desarrollando el Registro de Franquiciadores estableciéndose, inclusive, (de acuerdo a la exposición de motivos) la coordinación entre otros registros y éste, todo ello con la finalidad de centralizar y unificar información, siendo el mismo objetivo: censar a las empresas franquiciantes, el cual otorga beneficios inclusive desde punto de vista estadístico. El Registro es regulado por los artículos 5 y siguientes del Real Decreto, el mismo tendrá un carácter público y su función es dar publicidad e información.

Conforme a la norma antes citada, el registro será llevado por cada Comunidad Autónoma, al igual que se establecía en el R.D. 2485/1998, y en los casos que en la Comunidad Autónoma correspondiente al lugar donde vaya a desarrollarse la actividad por el franquiciante no se lleve dicho registro, la obligación de inscripción se cumplirá ante el Registro llevado a tal efecto por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 *ejusdem*[200].

Los franquiciantes que están obligados a cumplir con la obligación de registro son aquellos que desarrollen en el territorio español la actividad de

[199] Una Comunidad Autónoma es una entidad territorial administrativa que posee autonomía legislativa y ciertas competencias administrativas y ejecutivas. Las mismas son 17 a saber: Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Baleares, Islas Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Ceuta, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Comunidad de Madrid, Melilla, Región de Murcia, Navarra, País Vasco y La Rioja.

[200] Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores., *op. cit.*

franquicia. Pero el artículo 5 del Real Decreto[201] prevé una excepción para empresas cuyo domicilio se encuentre en Estado miembro de la Unión Europea y que operen en régimen de libre prestación de servicios, en cuyo caso no deberá cumplir con la obligación de registro, sino únicamente debe informar del inicio de sus actividades.

La obligación de registrar para los franquiciantes consiste en comunicar sus datos al Registro de Franquiciadores, la comunicación conforme al artículo 7 *ejusdem*[202] debe contener datos de la empresa, acreditar la titularidad de los derechos de propiedad industrial o intelectual objeto de la franquicia; es decir lo referente a patentes, marcas o titularidad de otros signos distintivos, también debe contener la descripción de la actividad a la cual se dedica la franquicia y el tiempo que lleva desarrollando ésta, de igual forma debe indicar identificación de los franquiciados que ya se encuentren afiliados a la red.[203] En caso de tratarse de un franquiciante principal o conocido como máster franquicia, debe indicarse los datos del franquiciante y el contrato suscrito entre éstos.

---

[201] *Ídem.*

[202] *Ídem.*

[203] La actividad de franquicia en España está regulada por una serie de instrumentos jurídicos que la contemplan directa o indirectamente. Las que dan un tratamiento directo al contrato fueron desarrolladas durante la investigación, por considerar que dan estructura al sistema de franquicia y, con ello, al contrato como tal, así mismo establecen obligaciones directas a los franquiciantes y franquiciados por el hecho de poseer tal cualidad. Las normas que le regulan de forma indirecta son aplicables a cualquier contrato mercantil, por lo que no fueron incluidas en el análisis pero si revisadas, y que incluyen: normas relativas propiedad intelectual, a la defensa de la libre competencia y su reglamento, las regulatorias de los horarios comerciales, las de defensa al consumidor y el usuario, las regulatorias del comercio electrónico y las dirigidas a luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales. Asimismo le son aplicables las normas que tratan la competencia desleal, las de garantía de la unidad de mercado, la ley consolidada de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, las que regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de ventas a distancia y la legislación de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Con respecto a la antigüedad de los franquiciantes, la cual debe ser indicada en la comunicación, el Real Decreto destaca que se considerarán franquiciadores consolidados aquellos que hayan desarrollado su actividad a lo largo de dos años, en dos establecimientos franquiciados y, además, aquél que para el momento cuente con cinco establecimientos operativos, y que al menos dos de estos sean de su propiedad. Con ello se entiende que el franquiciante no se tendrá como consolidado si deja únicamente en manos de sus franquiciados el desarrollo de la actividad, ya que para dar una buena asistencia técnica es necesario que el mismo franquiciante continúe la ejecución del negocio.

La naturaleza de la comunicación hecha al Registro de franquiciadores tiene efectos informativos, más no es un requisito previo para el inicio de la actividad. Esto no obsta a la imposición de una sanción por no cumplir con la obligación, remitiendo el Real Decreto a la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, que considera una infracción grave no cumplir con dicho deber, ni mantener actualizados los datos en el Registro, ello conforme al artículo 65 de la citada Ley 7/1996. Ahora bien, una vez que se ha iniciado la actividad por parte del franquiciante y se ha hecho la respectiva comunicación al Registro de Franquiciadores la obligación no termina allí, el franquiciante deberá mantener actualizado los datos, so pena de sanciones que pueden ir inclusive hasta la imposibilidad de continuar con la actividad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 201/2010.

La inscripción en el registro representa para el franquiciante una ventaja, la cual en palabras de Muñoz se traduce en prestigio, y señala que:

> Debemos concluir, por tanto, que no sólo se trata de una obligación que toda franquicia debe cumplir, sino que además redunda en la credibilidad y buen posicionamiento de la misma, al tratarse también de uno de los elementos que ha de contemplar la

información precontractual, que todo franquiciado debe recibir con carácter previo a la firma del contrato[204]

La información precontractual

Uno de los puntos fundamentales regulados de forma específica en España alrededor de las franquicias es el de la información precontractual. El Real Decreto 2485/1998 desarrolló, en el artículo 3, el deber de información contractual, la cual debe ser presentada por el posible franquiciante al posible franquiciado con 20 días de anticipación, especificando que la información presentada debe ser veraz y no engañosa. Posterior a dicho instrumento, el Real Decreto 201/2010 ratifica lo expresado en el anterior.

La información que debe ser presentada se puede estructurar en tres aspectos: primero, en cuanto al franquiciante, éste debe indicar los datos de registro, domicilio, inscripción en el registro de franquiciadores (en los términos explicados con anterioridad), e inscripción ante cualquier otro registro que exija el país de origen del franquiciador o franquiciante, cantidad de empresas franquiciadas que funcionen en España, cuántas de éstas son operadas por el franquiciante, y cuales han dejado de funcionar en España durante los últimos dos años, así como las razones que acarrearon la salida de éstas del mercado. Además indicación del capital social de la empresa franquiciadora en caso de tratarse de una compañía mercantil, con lo cual se deduce que es posible cualquier otra forma asociativa.

[204] MUÑOZ, M. (2013). El registro de franquiciadores: la obligación de comunicación de datos. *Newsletter Comité de Expertos en Franquicia de la AEF*. [revista en línea], fecha de consulta 30/04/2017. Disponible en: http://www.abogadosdefranquicia.com/newsletter/mayo2013.htm

El segundo aspecto es la información sobre el negocio a franquiciar. El franquiciante, a tal efecto, debe acreditar ser el titular de los derechos de propiedad industrial, es decir ser tener su respectiva licencia de marca y signos distintivos. Debe indicar a que sector pertenece la actividad a la cual se dedica la franquicia. De igual forma, a fines de proteger al franquiciado debe incluirse la indicación de la experiencia del franquiciante y del negocio del cual trata el futuro contrato, por ello se debe indicar el alcance del *know-how*, especificarse cómo será la asistencia técnica prestada, los suministros, las inversiones y los gastos que debe hacer el franquiciado.

Finalmente, en tercer lugar, los elementos esenciales del contrato de franquicia también deben ser esclarecidos en la información precontractual. Nótese que a pesar de que ninguna norma en España regula de forma específica el contenido del contrato de franquicia, la información precontractual permite entrever ciertos elementos que éste debe contener. Así, se tiene: derechos y obligaciones de las partes, duración del contrato, condiciones de resolución y renovación, así como las contraprestaciones económicas; elementos que son esenciales a todo contrato, incluido el de franquicia. Aunado a los aspectos generales a los contratos, se menciona además los pactos de exclusiva y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado.

El pacto de exclusiva es entendido, de acuerdo a Elías y Muñoz, como una obligación de no hacer, que abarca no contratar con otra persona distinta a la persona con quien se ha suscrito el pacto[205]. Inclusive, ésta obligación podría extenderse a no poder adquirir participaciones en empresas de la

[205] QUILES, C., GAST, O y GAJO, J., *op. cit*., p. 26.

competencia.[206] Sobre esto, Soto afirma que ésta obligación puede relajarse, y añade que:

> El franquiciante implícitamente se obliga a mantener el know-how secreto, porque justamente este hecho es el que determina la ventaja competitiva de la red de franquicias, lo que contractualmente se instrumenta a partir del pacto de exclusiva otorgado a favor del franquiciado. Al respecto, a modo de ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 13 de marzo de 2006, ha declarado que un mismo franquiciador puede explotar varias redes franquiciadas de forma paralela, sin que ello pueda considerase, en principio, incumplimiento del pacto de exclusiva contenido en los contratos de franquicia, ni tampoco un acto de competencia desleal, siempre y cuando cada una de las franquicias explotadas genere su propio know-how y no exista entre ellas ninguna clase de similitud.[207]

Toda esta información pretende ilustrar al franquiciado de los riesgos que trae la suscripción del contrato a fines de determinar si su inversión está acorde con aquellos y a partir de ella pueda tomar su decisión sobre la contratación, y en palabras de Salvador se traduce en:

> una finalidad protectora del minorista y que pretende que el potencial franquiciado, una vez instruido pueda valorar, asesorarse y decidir con pleno conocimiento de causa y de forma reflexiva sobre la conveniencia de incorporarse a la franquicia.[208]

---

[207] SOTO, A., *op. cit.*

[208] SALVADOR, J. (2013). Entrega de información precontractual por el franquiciador. *DiarioJurídico.com*. [periódico jurídico digital], fecha de consulta: 21 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.diariojuridico.com/doctrina-entrega-de-informacion-precontractual-por-el-franquiciador/

Ahora bien, la obligación de suministrar la información precontractual es expresa, y en caso de no ser presentada en los lapsos y condiciones señaladas representa un vicio en el consentimiento, que viciaría el contrato de franquicia, pudiendo acarrear, en teoría, su nulidad absoluta. Por otro lado, de acuerdo a lo expresado por Ortega, los términos de la presentación de han sido interpretados de forma amplia por los Tribunales españoles:

> la doctrina y la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha venido entendiendo que dicha obligación de entrega de información debe interpretarse en términos amplios, matizándola y atemperándola para no exacerbar las consecuencias de un incumplimiento meramente formal de las normas citadas por el franquiciador en relación con la mínima trascendencia que ello pueda suponer para la finalidad de protección del minorista, y en evitación también del indebido aprovechamiento que pueda pretender el franquiciado ante la imposibilidad de acreditación por el franquiciador de la entrega de la preceptiva información precontractual.[209]

El franquiciante deberá ser cuidadoso de entregar la información requerida, dando cumplimiento a lo exigido en el Real Decreto y salvando su responsabilidad en caso de un eventual litigio. A pesar de ello, el franquiciado puede aprovecharse de la protección otorgada y afirmar que no ha sido entregada tal información, correspondiendo al órgano jurisdiccional determinar si la obligación ha sido cumplida cabalmente por el franquiciante.[210]

---

[209] ORTEGA, J. (2013). Entrega de información precontractual por el franquiciador. *Newsletter Comité de Expertos en Franquicia de la AEF*. [revista en línea], fecha de consulta 07 de abril de 2017. Disponible en: http://www.abogadosdefranquicia.com/newsletter/mayo2013.htm

[210] En el ámbito Norteamericano la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos de Norteamérica (FTC) elaboró una norma que regula la obligación de información precontractual denominada “Full Disclosure Rule” and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities del 30 de marzo de 2007. En ella, se establecen lineamientos para los franquiciantes en aras de dar transparencia a la información precontractual sobre su

Cesión de derechos de propiedad industrial o intelectual

Son varios los instrumentos jurídicos que España usan la expresión “cesión de franquicia”, “actividad de cesión de franquicias”, o definen a la franquicia como “cesión de un mercado", tal es el caso de la Ley 7/1996, el Real Decreto 2485/1998 y el posterior Real Decreto 201/2010, en atención a ello debe revisarse lo que implica el término cesión, para determinar si corresponde a la verdadera naturaleza del contrato de franquicia. La figura de la cesión en España aunque si se encuentra contenida en una norma como lo es el Código Civil ésta es definida con claridad en dicho instrumento, por ello la doctrina se ha encargado de establecer su forma, y a tal efecto señala Albiñana que por regla general conforme al artículo 1.112 del Código Civil español todos los créditos son transmisibles, y en consecuencia; salvo pacto en contrario uno de los caracteres de la cesión es la subrogación del cesionario en todos los derechos del cedente[211].

En este orden de ideas, el Código Civil español reconoce el contrato de cesión de derechos o acciones en su artículo 1526 y siguientes[212], teniendo como base legal lo dispuesto en el artículo 1.112, *ejusdem,* [213] todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con

---

franquicia y las condiciones que exigen cfr. COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO. Full Disclosure Rule” and Prohibitions Corcerning Franchising and Business Opportunities del 30 de marzo de 2007. Fecha de consulta: 01 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.ftc.gov/policy/federal-register-notices/disclosure-requirements-and-prohibitions-concerning-franchising

211 ALBIÑANA, I. (2009). La cesión de créditos hipotecarios: régimen jurídico, obstáculos y soluciones. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* N° 23, pp. 85-91.

212 Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. *Boletín Oficial de Estado,* N° 206, julio 25, 1989, fecha de consulta: 26 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.notariosyregistradores.com/web/category/columna-izq/codigo-civil/

213 *Ídem.*

sujeción a las leyes, salvo pacto en contrario. Como ya fue explicado anteriormente la cesión implica la subrogación o cambio en la titularidad del derecho; partiendo de ello, se tiende a creer que en el contrato de franquicia, el franquiciante renuncia a sus derechos en beneficio del franquiciado, afirmación que está muy lejos de la verdad

Ahora bien, el contrato bajo examen entraña el uso de elementos de propiedad industrial, así como la transferencia de conocimientos técnicos y el deber de confidencialidad éstos Si de manera errada se propaga la idea de que la franquicia presupone la cesión de los derechos que el franquiciante tiene sobre la marca, signos distintivos, denominaciones de origen, rótulos y otros elementos, así como del *know-how,* debe entonces afirmarse que éstos, una vez sea celebrado el contrato, cambian de titularidad, hacia el franquiciado. Pero ello no es así, como se explicará a continuación.

Todo lo relativo al uso de la marca y de las patentes, se halla en la Ley 17/2001 del 07 de diciembre de 2001[214] . En su capítulo IV, refiere la marca como objeto de derecho de propiedad, estableciendo en su artículo 46 que podrá transmitirse (cederse) total o parcialmente, y además podrán realizarse otra especie de actos de disposición, como el otorgamiento de licencias sobre ésta.

En el artículo 48, *ejusdem,* se regla la forma de conceder la licencia de la marca, disponiendo una serie de condiciones que se corresponden a la forma en que se otorga el contrato de franquicia, tales como la prohibición, salvo pacto en contrario, de otorgar sub-licencias. También regula el caso de que

[214] Ley 17/2001 referente a las Marcas. *Boletín Oficial de Estado,* N° 294, diciembre 08, 2001, fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/NORMATIVA/NormasSobreMarcasYOtrosSignosDistintivos/NSMYOSD_Nacionales/LEY_172001_de_7_de_diciembre_de_Marcas.htm

no haya exclusividad en la licencia otorgada, habilitando al licenciante para usarla en nombre propio o conceder otras licencias[215]. La concesión de una licencia de uso de marca debe registrarse por ante la Oficina Española de Patentes y Marcas o ante el Registro que lleve a tal efecto la Comunidad Autónoma correspondiente.

El mismo tratamiento da la Ley 11/1986[216] que regula lo referente a las Patentes, estableciendo en su artículo 74 que éstas pueden ser cedidas, dadas en garantía y ser objeto de licencia. En el siguiente artículo expresa que el otorgamiento de la licencia de uso de la patente genera, salvo pacto en contrario, la obligación para el licenciante de poner a disposición del licenciatario los conocimientos técnicos y necesarios para explotar adecuadamente la invención, junto con el deber de mantener el secreto por parte del beneficiario de la licencia. Estas obligaciones corresponden al *know-how* y a su protección, esenciales al contrato de franquicia.

En consecuencia, el término “cesión de franquicia” al tenor de las normas españolas, es errado y alejado de la realidad del modelo de franquicia. Por esta razón, lo correcto es entender que en la franquicia se otorga una licencia de uso en beneficio del franquiciado, en virtud de que el franquiciante conserva la titularidad de sus derechos de propiedad industrial y no los transfiere a su franquiciado. El mal empleo del término puede acarrear confusiones, sumadas a las ya complicaciones presentes en el sistema. Aun

---

[215] *Ídem.*

[216] Ley 11/1986 referente a las Patentes. *Boletín Oficial de Estado,* N° 73, marzo 26 , 1986, fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/NORMATIVA/NormasSobrePatentes_MU_Topografias_CCP/NSPMTCCP_Patentes_Modelos/NSPMTCCP_Patentes_Modelos_Nacionales/Ley11_1986de20demarzo_dePatentes.htm#tit8

así, a pesar del mal empleo del término, la práctica derivada de la aplicación del modelo, no deja dudas sobre la aplicabilidad de la figura de la licencia.

Resolución de conflictos en los contrato de franquicias

La situación actual del contrato de franquicia en España es que a pesar de que hay un reconocimiento de éste, continúa sin ser regulado por una norma que establezca sus principales aspectos, es por ello que la jurisprudencia cobra un gran papel al respecto, siendo los jueces los encargados de integrar de forma adecuada diversos instrumentos jurídicos de diferentes materias que le sean aplicables al contrato. Sin embargo la tarea no es fácil, tomando las razones anteriores, aunado al crecimiento de la actividad en los últimos años y la cantidad de litigios que pueden derivarse de las relaciones entre franquiciante y franquiciado.

Para Burgos y Fernández, el juez debe tomar en cuenta tanto la normativa dispersa existente, como el Código Deontológico Europeo de las Franquicias, como principios generales del derecho, para así ir estableciendo principios rectores que regulen la relación jurídica entre el franquiciante y el franquiciado[217]. Muchas de las reclamaciones se han centrado en la nulidad del contrato de franquicia, y por ello se percibe una tendencia jurisprudencial de considerar al franquiciado como el débil en la relación jurídica. Pero en los términos expresados respecto de la entrega de información contractual demuestra lo contrario pues la misma jurisprudencia afirma que éste deber debe ser interpretado en sentido amplio.

[217] BURGOS, G. y FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 142.

Al respecto, Salvador dice:

> dicha obligación de entrega de información debe interpretarse en términos amplios, matizando esta obligación y atemperándola para no exacerbar las consecuencias de un incumplimiento meramente formal de las normas citadas por el franquiciador en relación con la mínima trascendencia que ello pueda suponer para la finalidad de protección del minorista, evitando también el indebido aprovechamiento que de tal defectuosa entrega de información precontractual puede pretender ante la imposibilidad de acreditación por el franquiciador de la entrega de la preceptiva información precontractual.[218]

Como ocurre con cualquier relación jurídica contractual de novísima formación, la franquicia y los problemas que de ella se derivan, ameritan atención especial, sobre todo cuando su formación puede repercutir en todos los elementos personales que intervienen en el sistema de franquicias. Tomando en cuenta ello, es que a pesar de los esfuerzos jurisprudenciales en la materia, existe una actual tendencia en España que apunta a la resolución de los conflictos derivados del contrato de franquicia a través de la vía arbitral[219]. El arbitraje en el ordenamiento jurídico español se encuentra regulado por la Ley 60/2003[220], de 23 de diciembre. Aquí se contempla la posibilidad de someter a arbitraje las controversias derivadas de contratos de adhesión, como el de franquicia, pudiendo incluirse la cláusula arbitral en propio contrato principal o mediante documento adicional (convenio arbitral), ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 9 de esta norma especial[221].

---

[218] SALVADOR, J (2013), *op. cit*.

[219] *Ibídem,* p. 142.

[220] Ley 60/2003 de Arbitraje. *Boletín Oficial de Estado,* N° 309, diciembre 26, 2003 y con posterior Reforma mediante la Ley 11/2011 del 20 de mayo de 2011, fecha de consulta: 27 de mayo de 2017. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.html

[221] *Ídem.*

Con respecto al arbitraje y los contratos de adhesión se observa una variante en la legislación española en relación con la venezolana, en el sentido de que en España es permitido que la cláusula arbitral pueda hacerse en el contrato de adhesión, caso contrario a Venezuela, en donde la Ley de Arbitraje Comercial prohíbe de manera expresa tal posibilidad, debiendo hacerse de forma independiente. En el caso Español independientemente si la cláusula se encuentra en el contrato de franquicia o en un anexo a éste, una vez que las partes han decidido someterse al arbitraje éstas no podrán alegar falta de información y en consecuencia deberán sujetar su conflicto a la jurisdicción arbitral[222].

El borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common frame of reference* DCFR)

En el año 2003, surgió una iniciativa por parte de la Comisión Europea para la creación de normas que unifiquen el derecho contractual europeo. El proyecto lleva por nombre *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Para ello la Comisión, publicó diversos documentos en donde se estructuraban los objetivos y posibles funciones del Marco Común, y en el año 2005 creó una red que reunió a un grupo de expertos elegidos de forma rigurosa, tomando en cuenta para ello la experiencia de éstos, su compromiso, el equilibrio de los intereses económicos y la variedad de las tradiciones jurídicas de los Estados [223].Los avances hacia concretar dicho proyecto se encontraron con

[222] BURGOS, G. y FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 260.

[223] DE ÁNGEL, R. (2015). Una obra Jurídica Monumental de nuestros días: el marco común de referencia. Breve descripción y modesta valoración*. Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho,* año 13, N° 26, [revista en línea], pp. 7-61.

obstáculos tales como la diversidad de idiomas, de sistemas jurídicos y tradiciones, los cuales debieron equilibrarse para encontrar puntos en común, finalmente en el año 2009 pudo publicarse la obra completa, siendo únicamente una referencia, un borrador que aún se encuentra lejos de ser aplicado.

La función del borrador es pues ser un punto de partida para diversas áreas del derecho privado europeo, pero es sólo eso; una referencia, por ende carece carácter de la coercibilidad de una ley, no obstante puede ser usado como auxiliar al momento de la interpretación de una norma interna o comunitaria. Por otro lado, se encuentra los principios de la UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales, y según De Ángel, siguen un camino distinto al Marco Común de Referencia Europeo y señala el autor que:

> por un camino distinto, desde luego, discurren los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Obra del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, se ha dicho de ellos que constituyen uno de los esfuerzos más apreciables para uniformar el Derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales y que pueden ser calificados como una moderna *lex mercatoria* internacional[224]

En éste orden de ideas, en el borrador del Marco Común de Referencia se dedica un capítulo a la franquicia, estableciendo con claridad sus elementos y especificando aspectos como: las obligaciones de las partes, el contenido de la información precontractual, haciéndolo de manera más acertada y precisa que la legislación interna española. En consecuencia, el borrador podría servir de ayuda al momento que el juez o árbitro proceda llenar

[224] *Ídem.*

lagunas e interpretar cláusulas en los contratos de franquicia. De igual forma, podría cumplir una función referencial para el franquiciante y franquiciado al momento de redactar y suscribir el contrato.

CONCLUSIONES

El contrato de franquicia es un acuerdo entre dos personas naturales o jurídicas que reviste un carácter mercantil, mediante el cual una de ellas denominada franquiciante, otorga a la otra parte, denominada franquiciado, el derecho a de explotación o licencia de uso sobre los derechos de propiedad intelectual que posee sobre un modelo de negocio para un territorio determinado, comprometiéndose a otorgar conocimientos y asesoría constante sobre éste, a cambio de una contraprestación y a guardar el secreto de dichos conocimientos en los términos establecidos en el contrato.

Como todo contrato, el de franquicia debe cumplir con los elementos esenciales a todo acuerdo de voluntades, pero al mismo tiempo encierra unos elementos que le son propios como lo es: la territorialidad, confidencialidad, exclusividad, transmisión de activo intangible y no competencia. Dentro de la tipología de contratos, el de franquicia se ubica dentro de los contratos de colaboración empresarial, siendo atípico pero nominado. Tomando en cuenta ello, y luego de haberse analizado los aspectos doctrinales y jurisprudenciales al respecto, pueden enunciarse a modo de conclusión las siguientes:

1. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce una serie de derechos económicos en su capítulo VII. Entre ellos, se encuentra, de primero, el derecho a desarrollar la actividad económica de la preferencia del individuo (art. 112). Asimismo, en el artículo 113 se disponen las garantías a la libre competencia, la prohibición de monopolios y posiciones

de dominio, entre otras prácticas prohibidas ya analizadas aquí. En este sentido, es en estos artículos, junto con el reconocimiento del derecho de propiedad (art. 115), el marco constitucional para considerar posible la actividad de franquicia.

2. En Venezuela los instrumentos legales que son aplicables indirectamente al contrato de franquicia son de vieja data y están lejos de dar soluciones a situaciones que para el momento de su promulgación eran inexistentes, repercutiendo de forma negativa en los elementos del contrato de franquicia y su forma. En consecuencia, es necesario el desarrollo de una normativa especial que le sea aplicable al contrato, que genere elementos propios y no parta de la reproducción y asunción de modelos normativos de otros países sin considerar las necesidades de la situación particular venezolana. Para ello, debe partirse de elementos doctrinarios que se hayan desarrollado hasta el momento sobre el contrato en cuestión, siempre tomando en cuenta las peculiaridades de los empresarios y emprendedores nacionales quiénes, a pesar de las adversidades, han desarrollado franquicias con una identidad claramente venezolana.

Ante esta situación normativa, el contrato de franquicia se acoge al principio de la autonomía de la voluntad, y con ello el respeto de las cláusulas pactadas bajo las normas contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio. Sin embargo, a pesar de que en el derecho privado aplica el aforismo “el contrato es ley entre las partes”, no es menos cierto que el contrato de franquicia debe estar en sintonía con las normas aplicables a los contratos en general, así como a las disposiciones especiales derivadas de la libre competencia, de la propiedad intelectual, derecho del trabajo, las de

protección de las personas para el acceso a los bienes y servicios y, en general a cualquier otra que le sea aplicable.

3. En Venezuela, los lineamientos para la evaluación de los contratos de franquicia representan la única fuente escrita que les regula de forma directa, no obstante éstos emanan de un órgano adscrito al Poder Ejecutivo, no siendo reguladas en el país mediante disposiciones de carácter legislativo. La forma en que son normados es mediante disposiciones que tocan las relaciones entre franquiciado y franquiciante, y su incidencia en la libre competencia, careciendo de coercibilidad para su exigencia, aunque en la práctica sean incorporados para obtener la aprobación del contrato por parte de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, obteniendo su carácter de ley por dicha incorporación contractual, evitando, al mismo tiempo, la nulidad de las cláusulas que pudieran considerarse lesivas a la libre competencia usando para ello la regla de razón.

4. Las disposiciones del Código de Comercio venezolano limitan, en cierta forma, la aplicación de disposiciones contenidas en los lineamientos para la evaluación de los contratos de franquicia, ello en el sentido de que facultades como la supervisión del franquiciante a los libros y registros contables del franquiciado, y la prohibición para la venta o cesión de acciones colindan con disposiciones del referido código. En consecuencia a pesar de que se incluyan en el texto del contrato configuran un problema jurídico que sólo puede ser resuelto mediante medios judiciales.

5. Al ser la franquicia un contrato atípico, ninguna norma prevé que éste deba otorgarse por escrito, por tal motivo puede presentarse en la práctica una reclamación por vía judicial en donde la relación de las partes presente los elementos de un contrato de franquicia y sea declarada su existencia mediante una sentencia. No obstante, por la tecnicidad que le es propia al contrato, es recomendable que el mismo se haga por escrito y así cubrir todos los aspectos necesarios para la una buena relación entre las partes, evitando en la medida de lo posible tener que acudir a la aplicación de normas que no le son propias. De esto se deriva la necesidad de normar la escrituralidad del contrato de franquicia, pues una reclamación de esta índole solo contribuiría a la opacidad que existe al respecto.

6. Parte de la doctrina ha señalado que la ausencia de regulación del contrato de franquicia es lo que ha permitido su crecimiento y expansión. Partiendo de dicha premisa, y tomando en cuenta la situación actual de la economía nacional, es importante destacar que a pesar de la necesidad, las circunstancias no son las más apropiadas para el desarrollo de una legislación en la materia, en virtud de la existencia de normas de rango legal que no propician la inversión privada, ni dan seguridad jurídica al empresario, aunado a la insistente intervención del Estado en la actividad comercial y constantes supervisiones por partes de organismos que protegen a sectores considerados como débiles jurídicos. A esto se puede sumar un hecho público y notorio, como la conflictividad manifiesta entre poderes públicos en el Estado venezolano que ahondan en la afirmación de este argumento.

7. La franquicia es un modelo que representa una forma de empresa que permite desarrollar de mejor manera un negocio. Sin embargo, su éxito depende del cumplimiento de las obligaciones de las partes establecidas en un contrato, de allí su dualidad (contrato-modelo). Dentro de las obligaciones de las partes se encuentra el deber de supervisión, el cual es base para la correcta relación entre las partes y permite la generación del elemento de confianza. Una correcta supervisión por parte del franquiciante a sus franquiciados, permite evaluar y corregir el desempeño de la actividad, por lo cual es importante incluir dentro del contrato el deber de supervisiones periódicas y la constante formación y asistencia técnica por parte del franquiciante. En contraprestación de éste deber, también debe incluirse detalladamente el deber del franquiciado de permitir las supervisiones de acuerdo con las normas mercantiles, seguir con las recomendaciones dadas y estar en constante formación técnica. Con ello, se garantiza el estándar de calidad de prestación de servicio o de los bienes comercializados de la red y la confianza de todos los franquiciados, así como el fortalecimiento del *know-how*, elemento imprescindible de la franquicia.

8. Al tratarse de un contrato de colaboración empresarial, es fundamental, como ya fue dicho, el elemento de la confianza entre las partes que lo suscriben, hasta tal punto que puede hablarse que la franquicia conlleva la suscripción de un contrato con un componente psicológico para lo cual debe tomarse en cuenta necesariamente el elemento personal. Dicha confianza se deriva en la voluntad del franquiciado de someterse y ser vulnerable de las acciones de su franquiciante, confiando en que las acciones tomadas por

éste serán siempre en beneficio de la red.[225] Por otro lado el franquiciante confía en que sus franquiciados desarrollarán adecuadamente el modelo, existiendo siempre el peligro latente de que cualquier error afecte toda la red.

No obstante, bajo la figura de la personalidad jurídica en una sociedad de base de capital, que por sus elementos patrimoniales resultan más comunes para desarrollar el negocio, puede verse afectada dicha confianza, en el sentido de que quienes tienen la potestad para suscribir los contratos en nombre del ente social son los miembros de la junta directiva, y de cuyas decisiones dependen las políticas de la empresa afectando la relación de las partes franquiciante–franquiciado.

9. Conforme al panorama legislativo venezolano, alguno de los elementos del modelo de franquicia no tienen protección jurídica propia, como es el del *know-how*, por tal motivo debe preverse detalladamente en el contrato el deber de su secreto y las consecuencias de violar dicho pacto, a fines de posibles reclamaciones judiciales que resulten del incumplimiento del contrato celebrado entre las partes. No obstante, a futuro, en caso de desarrollar un instrumento jurídico que les sea propio, debe incorporarse la protección del *know-how* como un deber primordial aún en aquellos casos en que no quede incluido en el contrato.

De igual forma, suponiendo que llegase a reformarse la Ley de Propiedad Industrial y que ésta contemple el deber de secreto del *know-how*, es recomendable a efecto de la redacción de mejores contratos de franquicia,

[225] CROONEN, E y BRAND, M. (2013). "What makes franchisees trust their franchisors?" en: EHRMANN, T., WINDSPERGER, J., CLIQUET, G. y HENDRIKSE, G. (Eds.), *Network governance: Alliances, cooperatives and franchise chains*, Heidelberg, Alemania. Editorial Physica, p. 212.

especificar las obligaciones del franquiciado respecto a la no divulgación de éste elemento, ello previendo el desconocimiento por parte de éste de la normativa protectora en materia de propiedad industrial, así evitando la revelación de secretos empresariales cuyos daños pueden ser indemnizados, sin embargo la información ya habría sido conocida por el público hasta obtenerse una sentencia favorable.

10. Un elemento del contrato de franquicia que se ve afectado por la situación económica actual en Venezuela es el referido a las cláusulas de abastecimiento, sobre todo si se trata de franquicias extranjeras. Esta realidad del abastecimiento se hizo evidente con la crisis de las papas de la franquicia McDonald's, que en el año 2015 se vio forzada a suplantar la oferta de papas fritas por productos locales, como la yuca o las arepas. Por tal motivo, a fines de un mejor desarrollo del modelo en el mercado nacional, hasta tanto no se logren mejoras en el sistema cambiario, deben preverse opciones para incorporar dentro de la materia prima productos nacionales[226].

[226] Tal es el caso ocurrido con el producto papas fritas de la franquicia Mc Donald's, la cuales eran importadas y debido a la situación cambiara se vio en la necesidad de incluir papas producidas en Venezuela y así poder brindar el producto a los consumidores. Al respecto el diario El Universo reseña: "El empeoramiento de la escasez de la mayoría de los productos en Venezuela se debe en parte a los estrictos controles de cambio, que dificultan conseguir dólares para la importación. Las importaciones de papa cayeron 85% en el 2014, antes de que McDonald's tomase en enero la decisión de retirar las papas fritas del menú en sus más de 100 franquicias en Venezuela. La compañía fue capaz de traer de vuelta las papas este mes a través de la subcontratación de fincas locales productoras de papa, de acuerdo a Sonia Ruseler, portavoz basada en Argentina de Arcos Dorados, que opera McDonald's en América Latina". Cfr. Agencia de Noticias Associated Press (2015). Mc Donalds Venezuela ya tiene papas fritas. *Diario El Universo* [artículo en línea], fecha de consulta: 17 de junio de 2017. Disponible en: http://www.eluniverso.com/noticias/2015/11/04/nota/5222309/mcdonalds-venezuela-ya-tiene-papas-fritas

11. La franquicia representa un modelo comercial beneficioso para la economía nacional que permite la inversión y la disminución de índices de fracaso empresarial, que va de la mano con la colaboración entre comerciantes y el aumento en la generación de empleo formal. Aunado a ello, el crecimiento de éste modelo en Venezuela ha permitido el aumento de la inversión nacional y el impulso de marcas venezolanas, ello de acuerdo a información aportada por la Cámara Venezolana de Franquicias en persona de su presidente, quien afirma que el sector genera 100.000 empleos directos y 250.000 indirectos, y que dentro de las franquicias que hacen vida en Venezuela el 62% son de origen nacional, presentándose además en el extranjero 90 marcas venezolanas con lo cual se demuestra que el país también exporta franquicias a pesar de las circunstancias adversas.[227]

12. Al realizar el abordaje del contrato de franquicia en el Reino de España, se pretendió entender cómo un ordenamiento jurídico puede incurrir en fallas en la regulación del mencionado acuerdo, aunque se encuentra normado mediante instrumentos jurídicos dispersos, no hay normas que regulen asuntos esenciales del contrato. Sin embargo, se observan elementos que podrían tomarse en cuenta a futuro como referencia para la construcción de una legislación venezolana adecuada en la materia, tal es el caso del registro de las empresas franquiciantes que propicia la protección de los franquiciados y llevar un control estadístico de las franquicias para diagnosticar situaciones y proyecciones a fines de impulsar el sector. Otro aspecto que podría tomarse y adecuarse al caso venezolano es la regulación

[227] CÁMARA VENEZOLANA DE FRANQUICIAS. (Profranquicias). Profranquicia se enfoca en el desarrollo sostenible. [artículo en línea], fecha de consulta: 17 de junio de 2016. Disponible en: http://profranquicias.com/2017/06/05/profranquicias-se-enfoca-en-el-desarrollo-sostenible/

del contrato preliminar de franquicia, especificándose lapsos para la presentación de la información precontractual y la sanción ante la ausencia de ésta.

13. No existiendo en Venezuela un instrumento normativo que reconozca la especialidad del contrato de franquicia que recoja sus elementos especiales, es viable en caso de conflictos derivados de su ejecución, someterse al conocimiento de un tribunal arbitral, en virtud de que pueden las partes intervinientes escoger la persona a cuyo conocimiento se someterán los conflictos y con ello asegurarse de que sea conocedora de la materia. Dicha manifestación de voluntad deberá hacerse en un acuerdo adicional al contrato de franquicia, caso contrario se considerará nula la cláusula arbitral.

Sin embargo, el arbitraje en general puede presentar ciertas desventajas como la imposibilidad de recurrir el laudo arbitral, o poder ejercer recurso de casación sobre el mismo, teniendo como única vía de impugnación la nulidad del laudo. Otra desventaja se encuentra en que en caso de que las partes convengan que el laudo no deba ser motivado tal y como es permitido conforme al artículo 30 de la Ley de Arbitraje Comercial, éste carecerá de las razones por las cuales se ha tomado la decisión, pudiendo causar nuevos desacuerdos entre las partes, pero cuyo abordaje amerita un estudio jurídico independiente de la institución arbitral que vaya más allá de las consideraciones contenidas en la investigación realizada.

14. En caso de que las condiciones sean propicias para regular legalmente el contrato de franquicia, ésta debería recoger con claridad aspectos como: formalidades del contrato, obligaciones de las partes y límites derivados de las normas protectoras de la libre competencia, dejando otros aspectos a la

autonomía de la voluntad de las partes, en virtud del carácter mercantil del contrato, disciplina en la que priva dicho principio; así como el de la libertad de empresa, salvo en aquellas materias consideradas de orden público. De igual forma, es pertinente dejar al desarrollo de la doctrina aspectos del contrato, que completen o sirvan de fundamento para la interpretación de los contratos de franquicia en caso de duda, lo cual daría mayor cabida al desarrollo de la relación de franquicia y su continua expansión.

REFERENCIAS

AGUILAR, José (2004). *Contratos y Garantías.* Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

ALBIÑANA, Ignacio (2009). La cesión de créditos hipotecarios: régimen jurídico, obstáculos y soluciones. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* N° 23.

AÑEZ, Carmen (2013). "La franquicia en las empresas cerveceras y relación laboral encubierta", *Revista Fermentum,* año 23, N° 67.

ARIAS, Fidias (2006). *El proyecto de investigación.* 5ta edición. Caracas. Editorial Episteme.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIAS. (AEF). Código Deontológico Europeo de la Franquicia, fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.franquiciadores.com/legislacion/

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIADORES. (2016). *La franquicia en España*, Estadísticas Nacionales, fecha de consulta: 21 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2017/03/Informe-AEF-La-Franquicia-en-Espa%C3%B1a-2017-1.pdf.

Agencia de Noticias Associated Press. (2015). "Mc Donalds Venezuela ya tiene papas fritas". *Diario El Universo.* [Periódico en línea], fecha de consulta: 17 de junio de 2017. Disponible:

http://www.eluniverso.com/noticias/2015/11/04/nota/5222309/mcdonalds-venezuela-ya-tiene-papas-fritas

Audiencia Provincial de Barcelona, España, sentencia N° 201/2007 de fecha 28-03-2007. (JAMAICA'S FRANCHISINGS, S.L vs HOSCAFVALENCIA, S.L), fecha de consulta: 23 de abril de 2017. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=500956&links=%22653%2F2005%22&optimize=20070531&publicinterface=true

BANCO CENTRAL DE VENEZUELA. (BCV). Convenio Cambiario N° 35, Normas que regirán las operaciones del régimen administrado de divisas. [información en línea]. Fecha de consulta: 18 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.bcv.org.ve/ley/convenio35.pdf

BALDÒ, Mariee (2007). *El modelo comercial de las franquicias y la conveniencia de una regulación legal especial en Venezuela*. Trabajo especial de grado, Universidad Católica Andrés Bello, Barquisimeto, Venezuela. [Documento en línea], fecha de consulta: 13 de mayo de 2016, disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR1833.pdf

BRIZ, José (2010), Franquicia: Unidad Económica vs. Independencia Jurídica. En: Carrasquero A; Carrasco A; Araujo A; Kozolchyk B; Dal Pozzo E; Rodríguez G; Otis J; Briz J; Landáez L; Herrera L; Cova L; Pereira M; Rico M; Sandoval R; Fernández S; Álvarez T. (2010). *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Volumen IV*. (pp. 323-342). Caracas, Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello.

BURGOS, Gonzalo y FERNÁNDEZ, María (2010). *La franquicia tratado práctico y jurídico.* Madrid, Ediciones Pirámide.

CÁMARA VENEZOLANA DE FRANQUICIAS. (Profranquicias). Profranquicia se enfoca en el desarrollo sostenible. [artículo en línea]. Fecha de consulta: 17 de junio de 2016. Disponible en: http://profranquicias.com/2017/06/05/profranquicias-se-enfoca-en-el-desarrollo-sostenible/

CARDELUS, Llúis (1988). *El contrato de franchising.* Barcelona, España. Promociones e Publicaciones Universitarias.

CENTRO NACIONAL DE COMERCIO EXTERIOR. (CENCOEX). Marco Jurídico, control cambiario. [información en línea]. Fecha de consulta: 18 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.cencoex.gob.ve/marco-juridico/control-de-cambio

Código Civil Español aprobado mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889. *Boletín Oficial de Estado,* N° 206, julio 25 , 1989, fecha de consulta: 26 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.notariosyregistradores.com/web/category/columna-izq/codigo-civil/

Código Civil de Venezuela. (1982). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Nº 2.990 (*Extraordinaria), Julio 26, 1982.

Código de Comercio. (1955). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 475* (Extraordinaria), diciembre 21, 1955.

Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos de Norteamérica (FTC) Full Disclosure Rule" and Prohibitions Corcerning Franchising and Business

Opportunities del 30 de marzo de 2007, fecha de consulta: 01 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.ftc.gov/policy/federal-register-notices/disclosure-requirements-and-prohibitions-concerning-franchising

Constitución de España. *Boletín Oficial del Estado,* N° 311, diciembre 29, 1978, fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial,* N° 5.453 (Extraordinaria), marzo 24, 2000.

CONSEJO NACIONAL DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES (CONAPRI). *Productos venezolanos con título de origen.* [información en línea], fecha de consulta: 17 de febrero de 2017. Disponible en: http://conapri.org/al-dia/productos-venezolanos-titulo-origen-i/

CHILE. INSTITUTO NACIONAL DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (INAPI). Conceptos fundamentales sobre la propiedad intelectual. [página web oficial], fecha de consulta: 31 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.inapi.cl/portal/institucional/600/w3-propertyname-511.html

CONTRERAS, Angie (2016). Asignación de divisas en Venezuela cayó 65%. *Diario de las Américas*. [Artículo en línea], fecha de consulta: 02 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.diariolasamericas.com/asignacion-divisas-venezuela-cayo-65-n3578637

CROONEN, Evelien y BRAND, Marysie (2013) "What makes franchisees trust their franchisors?" en: EHRMANN, T., WINDSPERGER, J., CLIQUET, G. y HENDRIKSE, G. (Eds.), *Network governance: Alliances, cooperatives and franchise chains*, Heidelberg, Alemania. Editorial Physica.

CULSHAW, Fabiana (2013). En “caída libre” solicitudes de patentes en Venezuela. *Diario El Mundo, Economía y Negocios* [artículo en línea], fecha de consulta: 02 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.elmundo.com.ve/noticias/economia/politicas-publicas/en--caida-libre--solicitudes-de-patentes-en-venezu.aspx

DE ÁNGEL, Ricardo (2015). Una obra Jurídica Monumental de nuestros días: el marco común de referencia. Breve descripción y modesta valoración. *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho,* año 13, N° 26.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio. (2014). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,* N° 40.549 (Ordinaria), noviembre 26, 2014.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto sobre la Renta. (2015) *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,* N° 6. 210 (Extraordinaria), diciembre 30, 2015.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. (2015). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,* N° 6.210 (Extraordinaria), diciembre 30, 2015.

Decreto con Rango y Valor de Ley de Mercado de Valores. (2015). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,* N° 6.211 *(Extraordinaria)*, diciembre 30, 2015.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,* N° 6.210 (Extraordinaria), diciembre 30, 2015.

ESTRADA, Albert (2014). Presente y futuro del delito de alteración de precios. *Revista para el Análisis del Derecho* [documento en línea], fecha de la consulta: 31 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1024.pdf

EUR-LEX. Página web de publicaciones de la Unión Europea. [base de datos en línea], fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010XC0519(04)

FARIÑAS, José (2009). La protección constitucional de la propiedad intelectual en Venezuela. *Saber ULA,* volumen VIII, N° 12.

FREITEZ, Johan (s/f). Control de cambio limita entrada de franquicias extranjeras*. Noticias24* [página web], fecha de consulta: 18 de febrero de 2017, Disponible en: http://economia.noticias24.com/noticia/9547/control-de-cambio-limita-entrada-de-franquicias-extranjeras/

GONZALEZ, Enrique y GONZALEZ, Rodrigo (1992). *Franquicias: La revolución de los 90.* México, Editorial McGRAW-HILL.

GONZALEZ, Ruth (2010). *Análisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la franquicia comercial en Colombia*. Tesis de grado publicada. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis41.pdf

INFOFRANQUICIAS. Portal Franquicias Barcelona. [base de datos en línea], fecha de consulta: 22 de abril de 2017. Disponible en: http://www.infofranquicias.com/cd-6234/La-franquicia-y-condiciones-generales-de-la-contratacion.aspx

KAPLAN, Ernest (s/f). Franquicia y libre competencia*. Revista Electrónica de Derecho Comercial.* [revista en línea], fecha de la consulta: 15 de mayo de 2016, Disponible en: http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf

LÁZARO, Emilio (2000). El contrato de franquicia (aspectos básicos), *Revista Anales de Derecho,* N° 18.

LEXEMBURGO. OFICINA DE PUBLICACIONES DE LA UNION EUROPEA. Página web oficial. [documento en línea]. Fecha de consulta: 15 de abril de 2017. Disponible en: http://publications.europa.eu/resource/cellar/d0db92cf-c317-4dc1-bbc6-53cabc730b45.0008.02/DOC_1

Ley 1/2010 del 01 de marzo de 2010 de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. *Boletín Oficial de Estado,* N° 53, marzo 02, 2010, fecha de consulta: 23 de junio de 2017.Disponible en: http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/RyC_BOE-A-2010-33651.pdf

Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación. *Boletín Oficial del Estado,* N° 89, abril 14, 1998. Fecha de consulta 22 de abril de 2017. Disponible en: http://campus.usal.es/~derinfo/derinfo/CE/LCG.HTM

Ley 11/1986 referente a las Patentes. *Boletín Oficial de Estado,* N° 73, marzo 26, 1986. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/NORMATIVA/NormasSobrePatentes_MU_Topografias_CCP/NSPMTCCP_Patentes_Modelos/NSPMTCCP_Patentes_Modelos_Nacionales/Ley11_1986de20demarzo_dePatentes.htm#tit8

Ley 17/2001 referente a las Marcas. *Boletín Oficial de Estado,* N° 294, diciembre 08, 2001. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/NORMATIVA/NormasSobreMarcasYOtrosSignosDistintivos/NSMYOSD_Nacionales/LEY_172001_de_7_de_diciembre_de_Marcas.htm

Ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. *Boletín Oficial del Estado,* N° 308, diciembre 23, 2009. Fecha de consulta: 20 de abril de 2017. Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=181492

Ley 60/2003 de Arbitraje. *Boletín Oficial de Estado,* N° 309, diciembre 26 de 2003 y con posterior Reforma mediante la Ley 11/2011 del 20 de mayo de 2011.

Ley de arbitraje comercial. (1998). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* N° 36.430 (Ordinaria), abril 07, 1998.

Ley de Mercado de Valores. (2010). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela,* N° 39.546 (Ordinaria), noviembre 05, 2010.

Ley de Propiedad Industrial. (1982). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* Nº 25.227 (Ordinaria), diciembre 10, 1982.

Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia. (Resolución N° SPPLC-038-99). Ministerio de Industria y Comercio. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (1999, julio 09). *Gaceta Oficial Extraordinaria,* N° 5.431, enero 7, 2000.

LÓPEZ, Ximena (2001). *De los signos distintivos y los nombres de dominio en internet.* Tesis de grado no publicada. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, fecha de consulta: 17 de febrero de 2017. Disponible en: http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis28.pdf

MADURO, Eloy y PITTIER, Emilio (2002). *Curso de Obligaciones. Tomo II*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

MEJUTO, Rosa (2014). La necesidad de una nueva legislación sobre derechos intelectuales. *Revista debates IESA* [revista en línea], fecha de la consulta: 17 de febrero de 2017. Disponible en: http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/2014-jul-mejuto.pdf

MICHAVILA, Ana (2014). La joint venture contractual en el ámbito internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* N° 27.

MOGOLLÓN, Ivor (2004). *El arbitraje comercial venezolano*. Caracas, Venezuela, Editorial Vadell Hermanos.

MOREJÓN, Ailed (s/f). *El contrato de franquicia*. República de Cuba. Universidad de Cienfuegos "Carlos Rafael Rodríguez". [documento en línea], fecha de consulta: 14 de mayo de 2016. Disponible en: http://www.eumed.net/libros-gratis/2009a/478/

MORLES, Alfredo (2006). *Curso de derecho mercantil. Tomo I.* Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

MORLES, Alfredo (2006). *Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

MOSTAJO, Jorge (2012). Prácticas anticompetitivas y Derecho de la competencia en Bolivia*. Boletín Latinoamericano de Concorrência* [revista en línea], fecha de consulta: 26 de diciembre de 2016. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_32_es.pdf

MUÑOZ, Mónica (2013). El registro de franquiciadores: la obligación de comunicación de datos. *Newsletter Comité de Expertos en Franquicia de la AEF*. [revista en línea], fecha de consulta 30/04/2017. Disponible en: http://www.abogadosdefranquicia.com/newsletter/mayo2013.htm

NÚÑEZ, Raquel (2004). *El contrato verbal de franquicia.* Caracas. Tribunal Supremo de Justicia.

ORTEGA, Javier (2013). Entrega de información precontractual por el franquiciador. *Newsletter Comité de Expertos en Franquicia de la AEF*. [revista en línea], fecha de consulta 07 de abril de 2017. Disponible en: http://www.abogadosdefranquicia.com/newsletter/mayo2013.htm

OSSORIO, Manuel (s/f). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L.

OSTA, Karelys (2010). Determinación del impacto de las franquicias en Venezuela. *Ingeniería industrial actualidad y nuevas tendencias,* año 3, volumen II, N° 4.

PEÑA, Lisandro (2003). *De los contratos mercantiles.* Bogotá, Colombia. Ecoe Ediciones.

QUILES, Carmen., GAST, Olivier y GAJO, Josep (1992). *Introducción a la franquicia.* Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Valencia, España.

RANGEL, David (1992). *Derechos de la propiedad industrial e intelectual.* México, Universidad Autónoma de México.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (RAE) Diccionario la lengua española. Edición del Tricentenario. [información en línea]. Disponible en: www.rae.es

Real Decreto 2485/1998 de fecha 13 de noviembre de 1998. *Boletín Oficial de Estado,* N° 283, noviembre 26, 1998, fecha de consulta: 16 de abril de 2017.Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd2485-1998.html

Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. *Boletín Oficial del Estado,* N° 63, marzo 13, 2010, fecha de consulta: 21 de abril de 2017.Disponible en: https://sie.fer.es/esp/Asesorias/Mercantil/Legislacion_Mercantil/Real_Decreto_2012010_26_febrero/webFile_12239.htm

RIERA, Alfonso (s/f). *Realidad jurídica de las franquicias en Venezuela*. [documento en línea], fecha de consulta: 20 de febrero de 2015. Disponible en: http://www.franquiciasvenezolanas.com/documentos/Marco%20Juridico%20de%20las%20Franquicias.pd

RUIZ-RICO, Catalina (2008). *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos.* Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 807, de fecha 08-07-2014 (Igor Flasz Goldberg). [documento en línea], fecha de consulta: 09 de marzo de 2017. Disponible en:

http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/166616-807-8714-2014-13-1157.HTML

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 878 de fecha 20-07-2015 (Panadería La Cesta de los Panes C.A vs Promotora Pomarrosa C.A). [documento en línea], fecha de consulta: 26 de febrero de 2017. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 967 de fecha 04-07-2012 (Pedro Perera Riera e Inés Parra Wallais). [documento en línea], fecha de consulta: 07 de marzo de 2017. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/967-4712-2012-06-0823.HTML

SALVADOR, Javier (2013). Entrega de información precontractual por el franquiciador. *DiarioJurídico.com*. [periódico jurídico digital], fecha de consulta: 21 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.diariojuridico.com/doctrina-entrega-de-informacion-precontractual-por-el-franquiciador/

SANTO DOMINGO. OFICINA NACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. (ONAPI). Signos distintivos. [información en línea]. Fecha de consulta: 16 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.onapi.gov.do/signosdistintivos.html

SERVICIO AUTÓNOMO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (SAPI) Procedimientos referidos a las marcas. Fecha de consulta: 31 de marzo de 2017. Disponible en: http://sapi.gob.ve/?page_id=96

SILVA-SANTISTEBAN, Alfredo (2014). *Reflexiones sobre el contrato de franquicia: contrato de colaboración empresarial y diferencias con figuras jurídicas similares*. Perú. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. [Documento en línea].Fecha de consulta: 24 de mayo de 2016. Disponible en: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=95633871&lang=es&site=ehost-live

SOTO, Ana (2013). Franquicia, know-how y propiedad industrial. *Newsletter Comité de Expertos en Franquicia de la AEF*. [revista en línea], fecha de consulta 07 de abril de 2017. Disponible en: http://www.abogadosdefranquicia.com/newsletter/mayo2013.htm

SUESCÚN, Carluys (2012) Análisis de contrato de franquicia en la Sociedad Anónima venezolana. *Repositorio Institucional Saber.ula.ve.* [documento en línea], fecha de consulta: 23 de enero de 2015. Disponible en: erevistas.saber.ula.ve/index.php/…/4123

SUIZA. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). ¿Qué se entiende por derechos de propiedad intelectual? [página web oficial]. Fecha de consulta: 31 de marzo de 2017. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel1_s.htm

SUIZA. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (OMPI). ¿Qué es la propiedad intelectual? [página web oficial]. Fecha de consulta: 11 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.wipo.int/copyright/es/

SUIZA. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (OMPI) Franquicias y licencias: ¿Qué son y en qué medida pueden

beneficiarnos? [Página web oficial]. Fecha de consulta: 16 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.wipo.int/sme/es/documents/franchising.htm#lic

Tribunal Supremo España, Sala Civil, sentencia N° 145/2009 de fecha 09-03-2009. (Pedro Ramon, S.L vs Alimentació Capell, S.L), fecha de consulta: 29 de abril de 2017. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4490744&links=%222266%2F2003%22%20%22145%2F2009%22&optimize=20090402&publicinterface=true

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. *Diario Oficial de la Unión Europea,* diciembre 27, 2006., fecha de consulta 21 de abril de 2017. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:es:PDF

UZCATEGUI, Mariano (2000). Registro Mercantil de la denominación comercial y la propiedad industrial*. Conferencias dictadas en la Asociación de Registradores Mercantiles.* [documento en línea], fecha de consulta: 16 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.cjp.ula.ve/gpi/documentos/AREGISTROMER.pdf

YORIS, Jenny (2003). *Estructura jurídica del contrato de franquicia en Venezuela*. Trabajo especial de grado no publicado. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. [Documento en línea], fecha de consulta: 13 de mayo de 2016, disponible en: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ3997.pdf