



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO

ORDENAMIENTO JURIDICO APLICABLE AL CONTRATO  
DE FRANCHISING ¿NORMA CIVIL O MERCANTIL?

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES

MARILYN LORETO JARA VARGAS  
PROFESOR PATROCINANTE: CARLOS CARNEVALI D.

VALDIVIA – CHILE

2010

## ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I.....	6
1. CONCEPTO DE FRANCHISING.....	6
2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN.....	8
3. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO DEL CONTRATO DE FRANCHISING .....	10
3.1. <i>Estados Unidos</i> .....	11
3.2. <i>Europa</i> .....	12
3.2.1. El Código Deontológico Europeo de Franquicia .....	12
3.2.2. Reglamento Comunitario de Franquicia.....	13
3.3. <i>Brasil</i> .....	14
4. TRATAMIENTO DEL CONTRATO DE FRANCHISING EN CHILE .....	15
CAPITULO II.....	17
1. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANCHISING .....	18
1.1. <i>Elementos de la esencia</i> .....	18
1.1.1. Licencia de Marca .....	18
1.1.2. Transferencia del Know How.....	19
1.1.3. Regalías .....	19
1.1.4. Territorio.....	20
1.2. <i>Elementos de la Naturaleza</i> .....	20
1.2.1. Asistencia Técnica. ....	20
1.2.2. Asistencia Financiera.....	20
1.2.3. Confidencialidad.....	20
1.2.4. Calidad de Suministros.....	21
1.2.5. Publicidad. ....	21
1.3. <i>Elementos Accidentales</i> .....	21
1.3.1. Cláusula de exclusividad de Compra .....	22
1.3.2. Cláusula de exclusividad de Compra y Venta recíproca .....	22
2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FRANCHISING. ....	22
2. 1. <i>Contrato Bilateral</i> .....	22
2. 2. <i>Contrato Oneroso</i> .....	23
2.3. <i>Contrato Aleatorio</i> .....	23
2.4. <i>Contrato Principal</i> .....	23
2.5. <i>Contrato Consensual</i> .....	23
2.6. <i>Contrato Atípico</i> .....	24
2.7. <i>Contrato de Tracto Sucesivo</i> .....	24
2.8. <i>Contrato Tipo</i> .....	24
2.9. <i>Contrato de Adhesión</i> .....	24
2.10. <i>Contrato celebrado sin consideración a la persona del co contratante</i> .....	25
3. EL CONTRATO DE FRANCHISING Y SU NATURALEZA JURIDICA.....	25
4. EL FRANCHISING UN CONTRATO COMERCIAL. ....	29
CAPITULO III.....	30
1. LA QUIEBRA.....	30
2. LA PRUEBA.....	32

2.1. <i>Se admite en materia comercial la Prueba Testimonial</i> .....	32
2.2. <i>El valor probatorio de los instrumentos privados y la fecha cierta respecto a terceros</i> .....	32
<b>3. LA PRESCRIPCION</b> .....	<b>33</b>
<b>4. LA COSTUMBRE</b> .....	<b>33</b>
<b>5. LA LEY DEL CONSUMIDOR</b> .....	<b>35</b>
<b>6. LOS PLAZOS</b> .....	<b>35</b>
<b>7. MATERIAS TRIBUTARIAS</b> .....	<b>36</b>
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>37</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>40</b>

## INTRODUCCIÓN

El permanente desarrollo de las tecnologías y del comercio internacional, implica que hoy en día no existan fronteras en materia de contratación. El contrato evidentemente es una de las principales fuentes de las obligaciones, y en el mundo moderno se ha convertido en una institución fundamental, que regula todo tipo de actividades y que tiene vital importancia en la regulación de materias económicas directamente relacionadas al desarrollo de un país.

El mundo está en permanente cambio y evolución, lo que conlleva la aparición de nuevas tendencias en materia de contratación. En consecuencia, las formas típicas y conocidas de contratación tienen la misión de regular de manera supletoria estas instituciones, pero es una realidad que muchas veces se muestran insuficientes para regular estas nuevas figuras contractuales y queda en evidencia una urgente evolución de carácter normativa. Si bien en épocas anteriores no tenían mayor relevancia estas nuevas formas de contratación ya que se realizaban de manera aislada y bastaba con la regulación existente, hoy en día se han transformado en el eje de las operaciones y es necesario una regulación específica de dichas figuras.

Dentro de aquellas nuevas figuras contractuales que carecen de una regulación legal en nuestro país se encuentra el contrato de Franchising, objeto de esta tesis. Este contrato, de origen estadounidense, ha tenido una importante aplicación práctica a nivel mundial, ya que reporta variadas ventajas en materia económica a sus usuarios. Un ejemplo de dicha situación es que en Europa hoy en día operan más de 5.000 marcas, de las cuales el 20 % operan en mercados distintos del originario.

En nuestro país, día a día el contrato de Franchising tiene mayor relevancia, y por esto se hace necesario que este contrato, que por regla general se basa en los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, sea regulado detalladamente y así otorgar certeza jurídica a los contratantes.

Actualmente, y a falta de regulación especial, en nuestro país al contrato de Franchising se le aplican supletoriamente las normas que rigen para otros contratos. El problema al que nos vemos enfrentados y el cual es el objeto principal de esta tesis, es saber si al hablar de contrato de Franchising nos referimos a un contrato de carácter civil o a un contrato mercantil, lo cual es de vital importancia ya que en materias tributarias, de prueba, prescripción, quiebra y costumbre, entre otros, son distintos los efectos que emanan de la aplicación de una u otra normativa.

En materia de prueba es vital la diferencia ya que en el área mercantil se acepta la prueba de testigos en toda ocasión y se acepta que modifique o altere lo expresado en una escritura pública. En tanto que en el área civil en actos u contratos de más de 2 UTM no se

acepta la prueba de testigos y tampoco se acepta que altere o modifique lo establecido en una escritura publica.

En cuanto a la prescripción en la legislación mercantil cuando no se establece plazo de prescripción, se entiende que ésta opera a los 4 años. Y en materia civil la prescripción opera a los 5 años.

En relación a la ley de Quiebras es importante distinguir si la obligación que se incumple emana de un acto de carácter civil o mercantil. El Art. 43 N° 1 de la ley 18.175, el deudor que ejerce actividad comercial, industrial, agrícola o minera, puede ser declarado en quiebra si ha cesado en el pago de una obligación mercantil con el solicitante cuyo titulo sea ejecutivo. Las obligaciones comerciales solo nacen de los actos de comercio. Si el deudor ha dejado de pagar obligaciones originadas de actos civiles, no se configura la misma causal y es necesario cumplir otras exigencias para lograr declararlo en quiebra.<sup>1</sup>

Para fines tributarios es importante distinguir si estamos frente a un acto de carácter civil o mercantil para la aplicación del Impuesto al Valor Agregado vigente en Chile desde marzo de 1975. Así un servicio que no pudiese ser calificado de industria podría quedar afecto a este IVA en la medida que constituya un acto de comercio.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. Sandoval., R. *Manual de Derecho Comercial*. Ed. Jurídica de Chile. Tomo I. Santiago. Chile. 2001. Pág. 49

<sup>2</sup> *Ibidem*.

## CAPÍTULO I

### CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL FRANCHISING

#### 1. Concepto de Franchising.

Como suele ocurrir cuando aparecen nuevas figuras contractuales, no resulta fácil conceptualizarlas ni definir las. Es necesaria la concurrencia de elementos precisos y constantes, y en el caso del contrato de Franchising, no existe consenso general en su conceptualización. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la Franquicia, es “ la libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías, que introduce o extrae o por el aprovechamiento de algún servicio público en particular”, concepto que no expresa el real alcance que conlleva la figura, extraída del vocablo Franchising, de origen anglosajón, y éste a su vez del francés Franchisage, por lo cual llamaré a este contrato con el vocablo inglés Franchising.

En razón a los antecedentes expuestos, es que los autores han tratado de desarrollar una definición, que muchas veces corresponde más a una descripción de los elementos que existen en dicho contrato, que a una verdadera definición. Ejemplo de lo anterior lo constituyen las siguientes definiciones:

La definición que entrega el Comité Belga, estructura de juristas especializados en Franchising el cual forma parte de la Federación Belga de la Franquicia, señala que “El Franchising es un sistema de colaboración entre dos empresas diferentes, pero ligadas por un contrato en virtud del cual una de ellas concede a la otra, mediante el pago de una cantidad y bajo condiciones bien determinadas, el derecho de explotación de una marca o fórmula comercial representadas por un símbolo gráfico o un emblema y, asegurándole al mismo tiempo una ayuda y unos servicios regulares destinados a facilitarle esta explotación.”<sup>3</sup>

Según Guyenot “... el Franchising puede ser definido efectivamente como la concesión de una marca de productos o servicios, a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios propios que permitan a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y de administrar su gestión comercial que es su soporte, en las mejores condiciones de rentabilidad para sí mismo y el concedente.”<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Comité Belga. Franchising. N° 5 , Pág. 10

<sup>4</sup> Guyenot. La Franchise commerciale en Revue Trimestrielle de Droit Commercial. Paris 1973. Pág. 165

López Santa María señala, “es un contrato por el cual un fabricante o, más en general, un prestador de servicios que se llama franchisor, da a un comerciante independiente llamado franchisee, el derecho a explotar o a comercializar una marca sobre un determinado producto o sobre un servicio, comprometiéndose, además, a asistirlo en la organización, en la formación, en las técnicas de comercialización, etc., mediante el pago de un precio.”<sup>5</sup>

José Luis Bravo dice: “ El reglamento de la Ley Mexicana de transferencia de tecnología (RTT) publicado en el Diario Oficial de la Federación en el mes de Mayo de 1990, en su artículo 23, da una definición de franquicia o Franchising: “ Es aquel en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marca o nombres comerciales al adquirente, transmite conocimientos técnicos o bien proporciona asistencia técnica con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos comerciales y administrativos del proveedor o compañía franquiciadora.”<sup>6</sup>

Otros autores, como Farina, señalan que el Franchising “constituye el medio por el cual el titular (franquiciante o franquiciador) de una marca o designación comercial determinada y conocida de bienes o servicios llega al consumidor final, a través de una serie de establecimientos comerciales que fabrican y expenden el producto o servicio de esa marca conforme a las instrucciones y exigencias del comerciante”.<sup>7</sup>

Oswaldo Marzorati define al Franchising de la siguiente manera: “En su dimensión restringida y originaria el Franchising comercial de productos de un contrato que permite la distribución continua y permanente de la producción de un fabricante. En su concepción dinámica y evolucionada el Franchising comercial, llamada Business format Franchising, es un contrato de empresa por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua”.<sup>8</sup>

Sonia Maldonado identifica al Franchising como “contrato en virtud del cual una de las partes (llamada franchisor) se obliga a ceder a otra (llamada franchisee), respecto de quien es jurídicamente independiente, el uso de una marca, de un nombre o de un emblema representativos de un producto o servicio, o producto de servicio, y a prestarle asistencia, quien, a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar sus directivas en el ejercicio de su derecho”<sup>9</sup>

En consideración a todo lo mencionado anteriormente, podemos llegar a un concepto de Franchising, señalando que es aquél contrato en el cual existe una persona (franquiciante) que

---

<sup>5</sup> López Santa María. “Las nuevas figuras contractuales”. Universidad Católica de Valparaíso. 1978.

<sup>6</sup> Bravo, J. *Nuevos contratos tecnológicos*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996. Pág. 149

<sup>7</sup> Farina, J. *Contrato comerciales modernos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, Pág.478.

<sup>8</sup> Marzorati, O. *Franchising*. Editorial Astrea, Buenos aires, 2001,Pág. 190

<sup>9</sup> Maldonado, S. *Franchising*. Editorial Jurídica. Chile. 1993. Pág.59

posee un producto o servicio, y que para ahorrar ciertos costos contrata a una persona (franquiciado) que si bien posee cierta cantidad de recursos, no tiene los suficientes para crear por sí mismo el producto o servicio. Dicho producto o servicio posee un nombre o marca, que a su vez conlleva cierto prestigio que el franquiciante ha logrado a través del paso del tiempo y justamente por lo anterior, el franquiciado se ve obligado a cumplir ciertos cánones de calidad.

## **2. Origen y evolución.**

Para realizar un mejor análisis de esta nueva figura contractual, es necesario comenzar por el origen de la palabra Franquicia y esto nos llevara a tener una mayor comprensión de dicha institución y de su evolución y desarrollo en la actualidad.

La palabra Franquicia en sus inicios se entendía como privilegio, y en Europa, en la Edad Media existían ciudades que poseían cartas que garantizaban privilegios. Así también es sabido que con este vocablo se denominaban las autorizaciones o privilegios que los soberanos otorgaban a favor de algún individuo en materias económicas principalmente.<sup>10</sup>

La característica de esta figura contractual se encuentra en la naturaleza de las prestaciones que genera para los contratantes. El Franquiciante queda obligado a ceder al Franquiciado el uso de su marca y por otro lado a suministrarle los medios necesarios para comercializar los productos o los servicios convenidos. En el tiempo de duración del contrato, el franquiciado realiza un pago periódico al franquiciante el que generalmente corresponde a un porcentaje de las ganancias del negocio.

El contrato de Franchising tuvo su origen, tal y como existe hoy en día, en los Estados Unidos, específicamente en el año 1850, cuando la compañía Singuer & Co. sufría serios problemas en relación a la distribución de sus productos a nivel nacional y con el afán de subsanar dicho problema, expandir su industria, concedió una cantidad de franquicias a comerciantes que estuviesen interesados en distribuir su producto.<sup>11</sup>

Con posterioridad en 1898 la empresa General Motors, adoptó el sistema de franquicias para expandir su red de distribución, ya que atravesaba por problemas parecidos a los vividos por Singuer & Co. Valiéndose de este sistema fue capaz de consolidarse como líder en el rubro, ya que pudo destinar sus recursos al perfeccionamiento de sus automóviles.

---

<sup>10</sup> Argañaras, J. *El Contrato de Franchising*. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos/Franchising/Franchising.shtml?monosearch>. (10/9/09)

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Una de las empresas con mayor presencia mundial y que es el ejemplo del sistema de franquicia por antonomasia, es la Coca-Cola, la demanda de dicho producto llegó a ser tal que llegaron a subfranquiciar para poder dar respuesta a la demanda.

Alrededor del año 1930, en los Estados Unidos, el sistema del Franchising se consolida y es considerado como un método exitoso y que reporta variadas ventajas económicas a las empresas que se deciden por adoptarlo, no solo aquellas que se dedican a la distribución de productos sino también las dedicadas a la distribución de servicios, como son las cadenas de hoteles y restaurantes.

El caso que más ilustra las ventajas de este sistema lo constituye en esa época la creación de la cadena de restaurantes y hoteles Holidays Inn; su creador logró duplicar su capital y su cifra de negocios en sólo tres años y, en el mismo período, triplicar sus beneficios.

Una vez consolidada su aplicación en Estados Unidos, el Contrato de Franchising se comienza a utilizar con mayor frecuencia en el continente Europeo. Cabe señalar que presentan diferencias sustanciales con el modelo de franquicia de Estados Unidos en el plano económico, jurídico e inclusive en el ámbito psicológico, estas diferencias otorgan matices al Franchising europeo y están directamente relacionadas al menor éxito que posee esta figura en dicho continente.

La poca aplicación que este sistema comercial posee en sus inicios en el continente Europeo se le atribuye directamente a la falta de información que tienen los comerciantes de este nuevo método, de las ventajas, de los riesgos económicos a que expone y al extraordinario apego de los europeos a la noción de independencia. Si bien el desarrollo que ha tenido el Franchising en Europa no es comparable al que posee en los Estados Unidos, en ningún caso puede pasarse por alto.

Las ventajas que presenta esta nueva modalidad de contratación son varias y en razón de estas es posible entender el auge que ha tenido el Franchising a nivel mundial. Las ventajas alcanzan tanto al franquiciante como al franquiciado. En lo que atañe al franquiciante, es gracias a este contrato que ha podido llegar a todos los rincones del territorio y abarcar un mayor mercado, y así obtener una mayor demanda de sus productos, todo esto sin la necesidad de recurrir al establecimiento de sucursales lo que aumentaría los costos del productor. Por el lado del Franquiciado, quien está obligado a desarrollar la actividad en un territorio determinado, aumenta sus posibilidades de éxito económico, minimizando los riesgos de su inversión, ya que uno de los elementos característicos de este contrato es la existencia de una marca o un servicio ampliamente conocido por el consumidor, y que éste tiene derecho a explotar.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

### 3. Tratamiento en el Derecho Comparado del Contrato de Franchising

El Franchising comienza a ser utilizado a mediados del siglo XIX por empresas estadounidenses, y debido a lo anterior es aquí en donde aparecen las primeras regulaciones sobre dicho contrato. El Franchising rápidamente logro gran relevancia como sistema comercial en variados países, debido a las grandes ventajas que importaba para los comerciantes. Pese a la gran utilización de este sistema comercial en diversos países, no tubo el desarrollo normativo que se logro en los Estados Unidos, ya que la mayoría de ellos se basaban en los principios de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad para regular esta nueva figura contractual. Asimismo el Contrato de Franchising posee ciertos rasgos característicos que lo asemejan a contratos ya tipificados y en ausencia de regulación específica se aplicaban supletoriamente las normas de dichos contratos que gozaban de cierta normativa.

El estudio del tratamiento legal que ha tenido el contrato de Franchising en el Derecho Comparado ha sido acotado a ciertos países, de manera de no hacer análisis redundante de dicho contrato. Claramente al ser Estados Unidos el país en el cual nació esta nueva figura contractual es conveniente revisar su evolución y su regulación legal actual.

Asimismo he incluido en este estudio al continente Europeo que posee una regulación específica sobre el Franchising para la región, independiente de las regulaciones específicas que existen en distintos países. El estudio de las que rigen a toda la Unión Europea nos permitirá tener una visión más panorámica de este contrato.

Finalmente es imposible no hacer referencia a lo que hoy en día pasa en America Latina con el Contrato de Franchising y así debo sin duda alguna analizar el caso de Brasil que es uno de los países que ha logrado mayor desarrollo del Contrato Franchising. Brasil, es considerado además como uno de los países en los que más se ha desarrollado el Franchising de forma propia, con mayor número de negocios autóctonos. Del total de empresas que operan en el régimen de franquicias en ese país, 90 por ciento son genuinamente brasileñas. La Asociación Brasileña de Franquicias (ABF) es la mayor de estas organizaciones, cuenta en su haber con 600 asociados. El último censo sobre franquicias, correspondiente al periodo 1995-1999, recoge un aumento de 23 por ciento en el número de marcas en este sector (suman un total de 894) y 46 mil 534 establecimientos en operación, que permiten facturar 12 083 millones de euros y la creación de 226 334 empleos directos anuales.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Morejon, A. *El Contrato de Franquicia*, disponible en <http://www.eumed.net/libros/2009a/478/EL%20CONTRATO%20DE%20FRANQUICIA%20EN%20BRASIL.htm> (10/02/10)

### 3.1. Estados Unidos

En los Estados Unidos el Franchising posee gran aceptación por la gran cantidad de ventajas que este contrato trae aparejadas, claro que como todo, no esta exento de detractores, los cuales no aprueban dicha figura contractual, debido a los problemas y delitos que se gestaron a través del Franchising. Se produjeron estafas por parte de las grandes marcas hacia pequeños comerciantes, que producto de lo anterior quedaron sin capital alguno. Muchos de los franquiciantes se concentraron tanto en vender su franquicia que dejaron de preocuparse por el producto del Franchising y eso conllevó a que surgieran errores de cálculo, declaraciones falsas o bien dolosas.

Esto dio lugar a que la población demandara de manera cada vez más frecuente la intervención del Estado, y regulara los fraudes y problema que suscitaba el Franchising.

California fue uno de los primeros estados en reaccionar frente a esta problemática y en el año 1971 promulgo la primera Ley estatal que regulaba de manera específica al Franchising. Esta situación dio lugar a que cualquier empresa que quisiera utilizar el régimen de franquicias debía registrarse en California antes de realizar cualquier gestión relacionada con dicho sistema. Así mismo, consagraba ciertas obligaciones específicas que el Franquiciante debía cumplir con el fin de evitar fraudes, como son, entregar a los franquiciatarios una copia del contrato de Franquicia, copia de sus estados financieros, por mencionar algunas. Todo lo anterior otorgaba una mayor seguridad al Franquiciado, ya que el Estado se encontraba habilitado para revisar el Franchising.<sup>14</sup>

Esta iniciativa normativa, impulsó a que otros estados de la Unión Americana modificaran su legislación y consagraran ciertas medidas que garantizaran a la seguridad y certeza jurídica de los contratantes, y de esta forma desincentivar a los Franquiciantes poco honestos.

Después de ocho años de audiencias y quejas por parte de los consumidores al régimen de franquicias, en octubre de 1979 la Comisión Federal de Comercio finalmente promulga un reglamento sobre el Franchising aplicable a todo el territorio nacional, que establecía una gama de derechos a favor del franquiciado, causales de ilegalidad de una oferta o venta de franquicias, etc. Este reglamento por vez primera definió lo que debía considerarse como Franquicia y excluyo de dicha denominación figuras que si bien tenían características similares no coincidían plenamente con el Franchising.

---

<sup>14</sup> Raab, E. y Matusky, G. "Franquicias: como multiplicar su negocio". Ed. Limusa. México. 2002.p.122

Este reglamento promulgado por dicha entidad tiene aplicación a nivel nacional y todos los individuos están obligados a cumplirlo, sin perjuicio de que existan ciertos reglamentos locales, que tienen aplicación en un territorio determinado y que tendrían una normativa más específica y rigurosa que el reglamento nacional y por tanto priman, pero en ningún caso este ordenamiento local podría encontrarse en abierta contradicción con el reglamento dictado por la Comisión Federal de Comercio.

En este país tienen ciertos dispositivos estatales con los cuales pretenden recopilar la mayor cantidad de información acerca de los Franquiciantes y sus Franquicias. Y es importante destacar que Estados Unidos sigue manteniendo un debate constante con el fin de crear mecanismos jurídicos más eficientes para la regulación del Franchising.

### **3.2. Europa**

En el año 1972 se crea la Federación Europea de Franquicias, con el fin de estudiar dicho contrato y así dar a conocer sus ventajas en comparación a formas parecidas de negocios y defender los intereses de las partes contratantes, crea el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, la intención de dicho código no es la de cambiar la normativa vigente si no que servir de guía y pauta de comportamiento a los contratantes.

Los miembros de la Federación Europea de Franquicias aceptan dicho código y se obligan a no modificarlo, lo que no es impedimento para que las naciones en razón de sus características propias creen cláusulas específicas que en ningún caso pueden contradecir lo consagrado en el Código.

#### **3.2.1. El Código Deontológico Europeo de Franquicia.**

Los Códigos éticos de franquicia han sido elaborados por las estamentos regionales que poseen intereses directos en el Franchising con el fin de tutelar el correcto desarrollo del Comercio. Los países en los cuales el Franchising ha obtenido una aplicación importante, como los Estados Unidos o los países miembro de la Unión Europea, poseen ciertas organizaciones, las cuales son llamadas asociaciones de franquiciadores entre cuyos objetivos específicos ha estado la redacción de códigos éticos de Franchising, cuyas disposiciones poseen fuerza obligatoria por todos y cada uno de sus miembros. Esta práctica hoy día se ha extendido a gran parte de países y en casi todos ellos existen asociaciones de Franquiciadores.

La aceptación de este Código Europeo de la Franquicia implica un aumento en el grado de compromiso adquirido por la empresa franquiciadora del requerido, en principio, por las disposiciones legales del país en cuestión como de las normas aplicables a la comunidad Europea. Un ejemplo claro de esto es que se establecen algunos principios generales sobre el número de establecimientos necesarios para poder comenzar con la actividad franquiciadora o sobre la publicidad de la misma en orden a la captación de franquiciados.

En el articulado del código se define el Franchising, se consagran las obligaciones que debe cumplir una compañía para comenzar a franquiciar, las obligaciones de las partes, se establecen principios generales acerca de la contratación, publicidad, divulgación, selección de franquiciados, contrato de Franchising y se hace alguna pequeña referencia a los máster franquicias.<sup>15</sup>

Para las empresas franquiciadoras que adopten este Código Deontológico, les obliga contar con una certificación de calidad que permita dar cierta seguridad al mercado al momento de adherirse a una de estas redes.

### **3.2.2. Reglamento Comunitario de Franquicia**

El primer Reglamento Comunitario de Franquicia fue creado en 1988 cuando el sistema de Franchising contaba con una amplia aplicación práctica pero sin un desarrollo normativo específico adecuado. Transcurrieron una serie de hechos que hicieron necesario el pronunciamiento del legislador sobre esta nueva figura contractual.

El primero fue el litigio que la franquiciada de Hamburgo I. Schillgalis emprendió contra la cadena Pronuptia fundado en que el contrato de Franchising atentaba contra la libre competencia consagradas en la Unión Europea por el Tratado de Roma en su artículo 85.1 El conflicto se dio por terminado en una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que declaró que ciertos tipos de contratos de Franchising no eran compatibles con la normativa europea de libre competencia, ya que creaban zonas de exclusividad. A raíz de esta sentencia la Comisión Europea creó el primer Reglamento que, constituía una prerrogativa, ya que en su apartado 3º señalaba que los acuerdos de franquicia que cumplieran el mismo se entendían compatibles con la normativa comunitaria en materia de libre competencia<sup>16</sup>.

Este privilegio se justificaba por el hecho de que el sistema del Franchising aportaba ventajas indudables, tan amplias y sensibles al legislador como las PYMES, el pequeño comercio o el consumidor en general. Para las PYMES, porque convirtiéndose en franquiciadoras

---

<sup>15</sup> Instituto de Empresa, "El marco legal de la franquicia: contenidos y legislación aplicable" disponible en <http://creacion.empresas.ie.edu/knowledge/docs/52.pdf> (20/1/10).

<sup>16</sup> *Ibidem*.

podías ser más competitivas; para el pequeño comercio, porque podía reconvertirse en Franquiciado para así afrontar mejor la competencia de la gran distribución; para el consumidor en general, porque podía encontrar en los establecimientos franquiciados mejores productos en términos de precio, gama, marca, o servicio postventa.<sup>17</sup>

El Reglamento es obligatorio en todas sus normas, aplicable directamente a sus estados miembros y fue de aplicado hasta el 31 de Diciembre de 1999. El 1 de enero de 2000 entró en vigor el nuevo Reglamento y expirará el 1 de Mayo de 2010.

El Reglamento hoy vigente se propone regular fenómenos económicos y se avoca en general a acuerdos verticales y prácticas comerciales concertadas, sin entrar específicamente a regular el Franchising En concreto toma en consideración la cuota de mercado, estableciendo el límite del 30% , por debajo del cuál los acuerdos entre empresas que reúnan ciertas características añadidas están en condiciones de acceder a las exenciones anteriormente mencionadas, pese a vulnerar algún aspecto de libre competencia. Curiosamente estas exenciones han sido concedidas en bloque a los acuerdos de agencia y a los acuerdos de concesión de automóviles.

En el Reglamento, de 13 artículos, se incluyen además prohibiciones absolutas (por ejemplo, la fijación de precios, controlar la distribución o repartir el mercado) y relativas para optar a las exenciones.<sup>18</sup>

### **3.3. Brasil.**

El caso brasileño es sumamente interesante porque en un comienzo esta figura surgió de forma diferente a como lo hizo en los otros países en los cuales se instaló, esto debido a que los contratos de Franchising que provenían de países extranjeros se vieron desincentivadas a entrar al mercado brasileño por los rígidos controles de divisas que existían en dicho país. Así, Brasil fue desarrollando sus propios contratos de Franchising.

En los años 50 en Brasil existían alrededor de 3 Franchising, y en la actualidad cuenta con 900 franquicias aproximadamente, en la cual el 90 por ciento son propios, convirtiéndose en el segundo mercado mundial en Franchising, detrás de Estados Unidos. El Franchising obtuvo mayor desarrollo en la década de los 80 no solo en relación a la cantidad, si no a la calidad y avances tecnológicos. Este desarrollo en el ámbito del Franchising acarreó como consecuencia que en la actualidad existan muchos Franchising brasileños fuera de dicho país, principalmente

---

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> *Ibidem.*

en Estados Unidos, Japón y México, la mayoría de éstas tienen directa relación con el rubro alimenticio.<sup>19</sup>

En cuanto a la regulación del Franchising, este país ha dictado una serie de normas que regulan el tema, es así como, en abril de 1997, el Instituto Brasileño de Propiedad Industrial dictó una disposición 135/97 que contiene las normas que regulan la adopción de un acuerdo de franquicia. Así mismo, en diciembre de 1994, la ley 8955 estableció de manera obligatoria la entrega de una circular de oferta de franquicia.

Cabe mencionar a modo ejemplar algunas de las normas que regulan el Franchising en materia de validez como son el requisito de la presencia de testigos al firmarlo y que no existe necesidad de registrar dicho contrato para otorgarle validez. Normas de nulidad ante la falta de entrega de información a los contratantes, más específicamente al franquiciatario. Mencionadas solo a modo ejemplar.

La ley 8955 ha estado vigente por más de 8 años y hoy en día es objeto de estudio con el fin de hacer ciertas reformas a las reglas que señalare a continuación y de esta forma adecuarlas a la realidad que hoy se vive.:

- Destacar la falta de existencia del vínculo de empleo entre el franquiciante y el franquiciatario.
- Requisito, de al menos 2 años de experiencia en el Franchising, para evitar la venta de negocios no probados.
- Ampliación de la red de franquiciatarios que cubra los 24 meses anteriores a la oferta del Franchising.
- El Código Fiscal de Brasil estipula que las sumas que excedan el 1 % por regalías no son deducibles, se espera que con la reforma la totalidad del pago sea deducible.<sup>20</sup>

#### **4. Tratamiento del Contrato de Franchising en Chile**

En relación al grado de desarrollo que ha obtenido el contrato de Franchising en nuestro país, y la importancia que tiene en nuestra economía actual, este ha obtenido una gran aplicación práctica, lo que no se condice con su realidad normativa, ya que sin bien este contrato a medida

---

<sup>19</sup> González Calvillo, Enrique y Rodrigo. "Franquicias: la revolución de los 90". Ed. Mc Grwaw Hill. México. 1991. Pág. 53

<sup>20</sup> Cfr. Marzorati, O. *op.cit.* p. 168.

que pasa el tiempo adquiere mayor relevancia, en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma específica que se refiera a la regulación de este contrato.

La ley no regula ningún aspecto de este contrato, se trata de un contrato innominado y al cual la doctrina ha tratado de establecer ciertas reglas que le serían aplicables, asimilándolo a contratos que poseen regulación por tener características parecidas y así homologando sus efectos y consecuencias jurídicas. Como bien sabemos, en nuestra legislación los contratos con estas características se rigen por los principios generales de la contratación, y el Franchising al haberse originado a raíz de la práctica mercantil el principio por antonomasia que lo rige es el de la Autonomía de la Voluntad.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad las partes son libres para obligarse y para determinar el contenido del contrato. Al determinar de esta forma el contenido del contrato se encontrarán obligados de la misma manera que si la ley estableciera dicho contenido. Asimismo si surgieran conflictos en la interpretación de las cláusulas del contrato deben resolverse a la luz de la intención de las partes.

La realidad normativa del Franchising en nuestro país es bastante diferente a la que viven otros países en Europa e incluso en América latina, que ya se han hecho cargo del tema y han regulado el tema. La falta de regulación se puede atribuir a que es una figura contractual prácticamente nueva y al lento proceso de legislación de nuestro país. Así, para determinar la normativa que se le aplica es necesario recurrir a la voluntad de las partes, cual es su intención, distinguir si hablamos de un contrato de carácter civil o mercantil, y en razón de esto que normas generales podrían aplicarse, homologándolo a otros contratos que presentan características similares.

Lo dinámico y ágil que se ha vuelto el comercio en la actualidad, hacen sumamente necesario una regulación específica del Franchising, que establezca normas sobre su celebración, partes, efectos, etc. que otorgue mayor seguridad jurídica y de esta forma se incentive su uso ya que por variadas ventajas que presenta para sus contratantes se ha convertido una gran herramienta para expandir el comercio.

## CAPITULO II

### EL REGIMEN JURIDICO APLICABLE AL CONTRATO DE FRANCHISING EN EL DERECHO CHILENO.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una normativa específica que regule el contrato de Franchising, si bien existen algunas normas que aluden a él como ocurre en El Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central de Chile<sup>21</sup>, no existe un cuerpo normativo que lo regule en su totalidad, esto debido a que se trata de una figura contractual nueva en nuestro país, de reciente aplicación.

Si bien el Contrato de Franchising es nuevo, cada día tiene mayor aplicación por la gran cantidad de ventajas que posee para sus usuarios y esto hace cada vez más urgente una pronta regulación. Por el momento estos contratos atípicos, haciendo la distinción con los llamados contratos innominados, terminología que en este trabajo no usare por ser incorrecta en este caso concreto, ya que si bien el contrato de Franchising no posee regulación legal, por lo cual lo caracterizaremos como un contrato atípico si posee un nombre por lo cual es incorrecto denominarlo un contrato innominado. Hoy en día la doctrina señala que esta denominación utilizada por el Código Civil es incorrecta y solo deberíamos hablar de contratos típicos y atípicos.<sup>22</sup>

Hoy en día no existe duda alguna de la naturaleza contractual del Franchising y al ser un contrato atípico en algunos países, se han utilizado los principios generales del derecho para regularlos, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, entre otros.

En atención a la falta de claridad que existe en relación al Franchising, a la incertidumbre en cuanto a la naturaleza jurídica que posee y a los grandes efectos que derivan de ella, el estudio se basará en los elementos que contienen dicha figura y así determinar si el Franchising es un contrato de carácter civil o de carácter mercantil.

---

<sup>21</sup> Cfr. Sandoval, R. *Nuevas Operaciones Mercantiles*. Ed. Jurídica Conosur. Santiago. 1999. Pág. 86.

<sup>22</sup> Spota, A. *Instituciones del Derecho Civil, Contratos*. Ed. Depalma. Vol. 1. Pág. 198. Buenos Aires. 1983

## **1. Elementos del Contrato de Franchising**

Como señala de Amesti<sup>23</sup>, nuestro Código Civil, siguiendo la distinción que hacia Pothier, clasifica los elementos en: elementos de la esencia del contrato, de la naturaleza del contrato y los accidentales. Teniendo en cuenta lo anterior, los elementos de Contrato de Franchising podemos dividirlos en las siguientes categorías:

### **1.1. Elementos de la esencia.**

Como señala nuestro Código Civil en el Art. 1444., los elementos de la esencia son “aquellas cosas sin las cuales el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro diferente”<sup>24</sup>, o sea, aquellos elementos indispensables que sin su presencia no existiría dicho contrato. En el Contrato de Franchising los elementos que le dan vida y que dan lugar a sus especiales características y por consecuencia de la esencia de este son:

#### **1.1.1. Licencia de Marca**

Una de las partes, llamada franquiciante, usualmente es el titular de una marca sobre un producto o servicio específico. En virtud de dicha titularidad, autoriza al franquiciado a vender productos o prestar servicios con la individualización de dicha marca y en consecuencia este último deberá usar la marca y los distintivos que la identifiquen y seguir las instrucciones que el franquiciante le imparta<sup>25</sup>. De esta manera la licencia de marca incluirá el traspaso del Franchising, lo que conllevara una inevitable serie de limitaciones, en relación al modo y lugar de uso.<sup>26</sup>

Cuando hablamos de marca nos referimos a un número, letra, una palabra, un color, etc., en síntesis todo signo o conjunto de signos que nos ayude a diferenciar un determinado producto o servicio de sus análogos en el mercado. La marca se convierte en el vínculo entre el comerciante y el consumidor, quien se identifica con esa marca porque responde a sus necesidades de mejor manera que otros productos de la misma naturaleza pero de distinta marca.

---

<sup>23</sup> Cfr. De Amesti, C. *Contrato de Franchising*. Ed. Jurídica Conosur. Santiago. 1997. Pág. 91.

<sup>24</sup> *Ibidem*

<sup>25</sup> Cfr. Marzorati, O. Op. Cit. Pág.35.

<sup>26</sup> Cfr. De Amesti, C. Op. Cit. Pág. 91.

### **1.1.2. Transferencia del Know How**

Es un elemento de la esencia del Franchising y constituye uno de los elementos más valiosos de este contrato. Consiste en un conjunto de conocimientos técnicos, métodos y procesos derivados de la experiencia del Franquiciante.

Según autores como Marzorati<sup>27</sup>, se entiende como “la obligación de entrenar al franquiciado para la conducción del negocio y la organización del trabajo. A cambio este debe seguir las instrucciones que ha recibido y actuar de acuerdo al entrenamiento impartido”

El entrenamiento que otorga el franquiciante al franquiciado es el que logra que todos los productos y servicios sean iguales. Un ejemplo de esto es Mc Donalds; todos los productos de esta empresa son iguales sin importar el lugar en que los consumas; este entrenamiento les otorga la misma calidad. Estas instrucciones pueden referirse a distintos ámbitos ya sea decoración, personal, producto, etc.

Este Know How, como señala la jurisprudencia francesa, debe haber tenido éxito, debe ser original y específico<sup>28</sup>, ya que sin duda alguna él es el principal elemento a raíz del cual el Franchising asegura el éxito económico a los franquiciados y por lo que cada vez este contrato posee mayor aplicación.

Por todo lo anterior es que se entiende que el Know How es un elemento tipificante del contrato y que lo diferencia de otras figuras parecidas.

### **1.1.3. Regalías**

Las regalías constituyen una retribución que debe hacer el franquiciado a favor del franquiciante en virtud de los servicios y asistencia que este le presta. El franquiciado es considerado un comerciante independiente del franquiciante y por lo tanto debe pagar esta regalía a su contraparte de la manera que se pacte en el contrato.

Lo usual es que se pacte el pago de una regalía al comienzo del contrato y otras durante la duración de éste, pero hay distintos sistemas de pago. Todo depende de lo que las partes hayan pactado.<sup>29</sup> Las regalías van directamente relacionadas con las ganancias que obtiene el franquiciado por el uso de la marca, Know How, etc.

---

<sup>27</sup> Marzorati, O. Op.Cit. Pág.36.

<sup>28</sup> Cfr. De Amesti, C. Op.Cit. p. 92.

<sup>29</sup> Cfr. Marzorati, O. Op.Cit. p.36.

#### **1.1.4. Territorio.**

En el Franchising se determina una zona o región en la cual tendrá su ámbito de actuación el franquiciante y de ello dependerá directamente el éxito o fracaso de el Franchising, como señala Marzorati<sup>30</sup>. Usualmente se pactará exclusividad del territorio a favor del franquiciado y de esta manera el franquiciante no podrá otorgar más franquicias dentro del territorio, por esto es muy importante que se determine con precisión este elemento.

#### **1.2. Elementos de la Naturaleza.**

Según lo regulado en nuestro Código Civil y lo que nuestra doctrina entiende, son aquellos elementos que no siendo esenciales en el contrato, se entienden pertenecerle a él, sin necesidad de una cláusula especial. Los elementos de la naturaleza pueden ser modificados y no por esto el contrato degenera en otro distinto o pierde su validez. Teniendo en cuenta lo anterior los elementos de la naturaleza del contrato de Franchising son:

##### **1.2.1. Asistencia Técnica.**

Este elemento se entiende incorporado en el Contrato de Franchising, siempre y cuando las partes no pacten lo contrario de forma expresa.

##### **1.2.2. Asistencia Financiera.**

La mayoría de las veces el franquiciante no involucra su capital en el negocio del franquiciado, pero si lo orienta en este tema, también forma lazos entre los bancos o financieras y el franquiciado.<sup>31</sup>

##### **1.2.3. Confidencialidad.**

Por los elementos que conforman el Franchising, existe una obligación de reserva o secreto para el franquiciado, ya que este conocerá información confidencial y de suma importancia para el franquiciante, que lo distingue de otros productos o servicios de similar

---

<sup>30</sup> Ídem. p.37.

<sup>31</sup> Cfr. De Amesti, C. Op.Cit. p. 93.

naturaleza pero elaborados por otro franquiciante. Esta obligación de reserva o secreta tiene una duración posterior al término del contrato de Franchising.<sup>32</sup>

#### **1.2.4. Calidad de Suministros.**

En relación a este elemento, dependiendo de la naturaleza del contrato puede o no estar estipulado quién debe aportarlas, si no existe referencia alguna, se entiende que deben ser de una calidad óptima coherente con el prestigio de los productos o servicios del franquiciante. La falta de estipulación puede traer aparejados ciertos inconvenientes, por lo cual es de gran utilidad estipular detalladamente quién debe aportar los suministros y de qué calidad deben ser.

#### **1.2.5. Publicidad.**

Por lo general es el franquiciante quien se hace cargo de todos los gastos de publicidad, ya que su imagen esta directamente relacionada con esta. Se puede estipular expresamente qué gasto de publicidad estará a cargo del franquiciante y cuál a cargo del franquiciado, como también puede reglarse un fondo común para los gastos de publicidad.

### **1.3. Elementos Accidentales.**

Los elementos accidentales son aquellos que no son de la esencia ni de la naturaleza del contrato de Franchising y que se incorporan a dicho contrato a través de cláusulas especiales pactadas expresamente por las partes.

A consecuencia de que estas cláusulas se establecen en el Contrato de Franchising por la voluntad de las partes en virtud de los principios que rigen en materia contractual como son la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, no hay un número fijo de cláusulas que se puedan establecer, lo que hace un poco complejo su estudio en extenso.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional, concuerda en que las cláusulas de exclusividad que se pactan en el Franchising, serían elementos accidentales, ya que se incorporan por la sola voluntad de las partes de manera expresa y en tanto estén estipuladas son válidas. A continuación les mencionare las cláusulas de exclusividad más usadas.

---

<sup>32</sup> Cfr. Marzorati, O. Op. cit. p.38.

### **1.3.1. Cláusula de exclusividad de Compra**

Cuando el contrato de Franchising tiene por objeto la distribución de bienes corporales muebles, generalmente contiene una cláusula mediante la cual el franquiciado se encuentra obligado a comprar los insumos del franquiciante o de un tercero convenido entre las partes.

El fin primordial que se busca al establecer esta cláusula de exclusividad, es lograr una uniformidad y calidad en el producto que va a distribuir el franquiciado.<sup>33</sup>

### **1.3.2. Cláusula de exclusividad de Compra y Venta recíproca**

Es muy similar a la cláusula anterior con la diferencia que en esta cláusula quedan recíprocamente obligados. El franquiciante a vender los insumos al franquiciado exclusivamente y el franquiciado a comprarle los insumos exclusivamente al franquiciante. Aquí existe un doble vínculo de exclusividad. Persigue los mismos fines que la cláusula anterior.

## **2. Características del Contrato de Franchising.**

Para determinar los principales caracteres que identifican al Franchising, se tomarán en consideración tanto los criterios que nuestra legislación positiva usa para clasificar los contratos (artículos 1439 y siguientes del Código Civil), como de aquellos elaborados por la doctrina cuando presenten algún interés sobresaliente.

En definitiva, se postula que el contrato de Franchising posee las siguientes características

### **2.1. Contrato Bilateral.**

El Contrato de Franchising es bilateral, según el artículo 1439 del Código Civil ya que ambas partes se obligan recíprocamente.

El franquiciante se obliga a ceder el uso de su marca, de su nombre, a la transferencia del Know How mientras dure el contrato de Franchising.

El franquiciado por su lado, está obligado a pagar las regalías y seguir fielmente las instrucciones impartidas por el franquiciante.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Cfr. Maldonado, S. Op.Cit. p. 90

## **2.2. Contrato Oneroso.**

En virtud del artículo 1440 del Código Civil estamos en presencia de un contrato de carácter oneroso, ya que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.<sup>35</sup>

En relación al franquiciante, las utilidades q percibe vienen dadas principalmente por las regalías que obtiene del franquiciado, y este último, obtiene utilidades en la medida que tiene la posibilidad de hacer uso de una marca reconocida y en tanto cuenta con asistencia técnica prestada por el franquiciante.

## **2.3. Contrato Aleatorio.**

En base al artículo 1441 del Código Civil el Franchising es un contrato aleatorio, existe una contingencia incierta de ganancia o pérdida<sup>36</sup>

## **2.4. Contrato Principal**

Según el concepto dado en el artículo 1442 del Código Civil el Franchising es un contrato principal porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.<sup>37</sup>

## **2.5. Contrato Consensual.**

El contrato de Franchising es de carácter consensual, ya que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes.<sup>38</sup>

Esto es una consecuencia lógica de la regla general, que establece que todos los contratos son consensuales, a menos que la ley imponga el cumplimiento de alguna solemnidad. Sin perjuicio de que las partes puedan establecer alguna en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual que rigen esta materia.

---

<sup>34</sup> Cfr. De Solminhiac, J. *Derecho Básico*. Ed. R. Budd y Co. Santiago. Chile. 1984. p. 195.

<sup>35</sup> *Ibidem*

<sup>36</sup> *Ibidem*

<sup>37</sup> *idem*. p.196

<sup>38</sup> *Ibidem*

## **2.6. Contrato Atípico**

El Franchising es un contrato innominado o atípico, ya que no se encuentra consagrado en ningún cuerpo normativo. Parte de la doctrina señala que es una impropiedad llamarlo innominado porque este contrato si tiene nombre, debe llamarse contrato atípico, porque no esta tipificado es decir regulado en el ordenamiento jurídico Chileno.

## **2.7. Contrato de Tracto Sucesivo.**

“El Franchising es un contrato de tracto sucesivo o de ejecución continuada, pues las obligaciones que engendra van naciendo y extinguiéndose periódicamente mientras dura su vigencia. Su cumplimiento, por ende, se prolonga en el tiempo a través de una serie más o menos larga de actos de ejecución”.<sup>39</sup>

## **2.8. Contrato Tipo.**

“Recordemos que al hablar de contrato tipo nos referimos a un convenio modelo destinado a servir de base a otros contratos a celebrarse a posteriori”<sup>40</sup>. Es decir, se establecen condiciones generales de contratación que luego forman parte sin modificaciones de relevancia de un contrato futuro.

En relación a lo anteriormente mencionado el contrato de Franchising no es otra cosa que la ratificación de un modelo de contrato que contiene las condiciones generales.

## **2.9. Contrato de Adhesión.**

El Franchising es un contrato de adhesión, uno de los contratantes, generalmente es una empresa que tiene mayor poder económico. El franquiciante asume desempeña el papel de gestor y fiscalizador. Uno de los factores que influye fuertemente en esta característica es la idea de homogeneidad o estandarización y el hecho de poder negociar libremente el contenido del contrato puede atentar contra esta idea y así poner en tela de juicio la calidad de bienes y servicios. El contrato de Franchising generalmente es el resultado de la aceptación en bloque por el franquiciado de las condiciones impuestas por el franquiciante.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Cfr. Maldonado, S. Op. cit. p. 75

<sup>40</sup> *Idem.* P. 76.

<sup>41</sup> *Idem.* P. 76

## **2.10. Contrato celebrado sin consideración a la persona del co contratante.**

El contrato de Franchising reafirma, sigue la regla general en materia de actos jurídicos de carácter patrimonial, en cuanto no es intuitu personae.

## **3. El Contrato de Franchising y su Naturaleza Jurídica.**

La importancia de determinar la naturaleza jurídica del Franchising, civil o comercial, radica principalmente en la legislación de fondo aplicable. Como ya se ha dicho anteriormente, se trata de un contrato que no se encuentra regulado legalmente por lo cual no hay certeza en relación a las normas que se le aplican.

Según la naturaleza del contrato, puede aplicársele el Derecho Civil o Comercial, en cuanto a su forma, contenido, efectos y prueba. Si bien ambas ramas forman parte del Derecho privado, en cada uno de ellos existen instituciones jurídicas distintas, poseen principios generales diversos, o más específicamente, contienen reglas distintas para un mismo contrato como es el caso de la compraventa. Lo anterior lo podemos ver claramente en relación a las Sociedades que tienen un tratamiento jurídico distinto dependiendo si tienen un carácter civil o comercial. Así mismo existen casos en que uno y otro cuerpo normativo contienen reglas contradictorias como por ejemplo, en las formalidades de constitución de sociedades colectivas. Ante este panorama es indispensable saber de qué tipo de contrato estamos hablando para determinar la legislación aplicable.

Según Puga la Teoría tradicional del acto de Comercio posee cuatro pilares fundamentales: el acto de comercio típico y objetivo; la teoría de lo accesorio; la teoría de los actos mixtos o de doble carácter, conocidos igualmente como los actos unilaterales de comercio; y el principio de legalidad, es decir que solo la ley puede crear actos de comercio<sup>42</sup>. Para determinar la naturaleza del Franchising recurriremos principalmente a los criterios objetivo y subjetivo de acto de comercio y a la teoría de lo accesorio.

Existen dos criterios para determinar si un acto es comercial, y esto lo podemos extrapolar al contrato de Franchising. Si en base a esos criterios el acto en cuestión no se puede considerar comercial, estamos en presencia de un acto de carácter civil y se le aplicara el Código Civil.

Uno de estos criterios proviene del Derecho Alemán y se basa principalmente para determinar la mercantilidad de un acto en el elemento subjetivo de aquel, es decir, será comercial todo acto realizado por un comerciante.

---

<sup>42</sup> Cfr. Puga, J. *El acto de Comercio*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2005. pag.18.

La doctrina que se basa principalmente en el elemento subjetivo para determinar la mercantilidad de un acto ha sido fuertemente criticada, ya que al señalar que son mercantiles aquellos actos realizados por un comerciante, acarrea el problema de determinar quien puede ser considerado como comerciante. El problema se presenta en nuestro Código de Comercio, en su Art. 8, ya que señala como comerciante a la persona física o moral que hace del comercio su profesión habitual, y en razón a esta disposición, al plantear como condición que haga del comercio su profesión habitual, es necesario poder definir el elemento objetivo para dar contenido al elemento subjetivo. Lo anterior es lo que hace pensar en la insuficiencia de este criterio.

El otro criterio que se utiliza para determinar la mercantilidad de los actos se basa fundamentalmente en el elemento objetivo, es decir en el acto de comercio propiamente tal. Por lo tanto el carácter comercial del acto es el que en definitiva determina la aplicación de la legislación comercial y no la calidad de comerciante de quien realiza el acto en cuestión.

En Chile, al igual que en Francia, se opta por este último criterio y como manifestación de esto, en el Código de Comercio se establece una lista de los actos de comercio. Esto último genera bastante incertidumbre jurídica ya que aunque el legislador establezca los actos de comercio de forma genérica, siempre habrá actos respecto de los cuales no pueda establecerse certeramente, ya que la costumbre es fuente directa en el Derecho Comercial y día a día aparecen figuras nuevas que no siempre estarán en la mente del legislador.

En definitiva, ni el criterio subjetivo ni el objetivo dan una solución completa para determinar el carácter mercantil de los actos y como consecuencia la legislación aplicable.

En nuestro país, el Derecho Comercial rige los actos de los comerciantes y los de las personas no comerciantes relativos a operaciones mercantiles, y además, en virtud de la teoría de lo accesorio, que tiene por virtud ampliar o restringir la mercantilidad, es decir ampliarla a actos no contemplados en el Art. 3 del Código de Comercio o de excluir alguno de ellos cuando no concurren comerciantes en su celebración.

El artículo 3 del Código de Comercio señala “Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:

- 1.- La compra y permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas.

Sin embargo, no son actos de comercio la compra o permuta de objetos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial.

- 2.- La compra de un establecimiento de comercio.

- 3.- El arrendamiento de cosas muebles hecho con ánimo de subarrendarlas.
- 4.- La comisión o mandato comercial.
- 5.- Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes.
- 6.- Las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables.
- 7.- Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, las agencias de negocios y los martillos.
- 8.- Las empresas de espectáculos públicos, sin perjuicio de las medidas de policía que corresponda tomar a la autoridad administrativa.
- 9.- Las empresas de seguros terrestres a prima, incluidas aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales o ríos.
- 10.- Las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques sobre documentos a la orden, cualesquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ella intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio.
- 11.- Las operaciones de banco, las de cambio y corretaje.
- 12.- Las operaciones de bolsa.
- 13.- Las empresas de construcción, carena, compra y venta de naves, sus aparejos y vituallas.
- 14.- Las asociaciones de armadores.
- 15.-Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas.
- 16.- Los fletamentos, seguros y demás contratos concernientes al comercio marítimo.
- 17.- Los hechos que producen obligaciones en los casos de averías, naufragios y salvamentos.
- 18.- Las convenciones relativas a los salarios del sobrecargo, capitán, oficiales y tripulación.
- 19.- Los contratos de los corredores marítimos, pilotos lemanes y gente de mar para el servicio de las naves.
- 20.- Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza.”<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Artículo 3 del Código de Comercio

La teoría en cuestión dice que son actos o contratos mercantiles los actos civiles que celebra o ejecuta un comerciante en el desarrollo de su actividad mercantil. Y al contrario son civiles los actos mercantiles que celebre o ejecute una persona para el desarrollo de su actividad no mercantil.<sup>44</sup> En Chile se consideran actos comerciales los actos de los comerciantes y los de las personas no comerciantes que están comprendidos en el artículo 3° del Código de Comercio y los que celebran estas mismas personas para asegurar el cumplimiento de dichos actos.

En base a esta enumeración, si tomamos como premisa que el objeto del contrato de Franchising es la distribución de productos o de servicios, esta actividad da lugar a realizar una gran cantidad de actos jurídicos. Se podría sostener que más de alguno podría coincidir con la enumeración del artículo 3° del Código de Comercio. Se llega a esta conclusión haciendo una interpretación bastante amplia de este artículo.

Un criterio para determinar la mercantilidad de los actos, es la aplicación de la “Teoría de lo Accesorio”. Esta ha sido creada, sobre la base de la interpretación a contrario sensu del artículo 3° inciso 2° del Código de Comercio y de la interpretación amplia de la disposición contenida en el artículo 1° , según el cual son comerciales las obligaciones contraídas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones comerciales, aún cuando por naturaleza sean civiles. Su gran aplicación práctica dice relación con la necesidad de sortear los inconvenientes que provoca la aplicación estricta del sistema del Código de Comercio.

Entendida de esta manera, la teoría de lo accesorio sostiene que todo acto, aún cuando por su naturaleza sea civil, que tenga relación con una profesión o industria comercial o con un acto jurídico principal del mismo carácter, debe reputarse comercial. Siendo así, podríamos fundamentar la mercantilidad del Franchising, considerándolo como un contrato que tiene directa relación con la industria comercial, ya que su objeto principal es la distribución de bienes y servicios.

Otro criterio que nos permitiría fundamentar el carácter comercial del Franchising, sería el acudir directamente a los elementos que forman la noción de comercio, básicamente, en aquellos que dicen relación con la interposición o intermediación entre y consumidores, con el cambio y con el propósito de lucro.

La doctrina mayoritaria está de acuerdo en los elementos esenciales de la voz comercio, de esta forma el autor Palma Rogers<sup>45</sup> dice: “Se puede definir comercio como el conjunto de operaciones que tienen por objeto realizar beneficios por medio del cambio, del transporte o de la transformación de los productos de la naturaleza o de la industria, sirviendo de intermedio entre productores y consumidores.”

---

<sup>44</sup> Cfr. Puga. J. Op. cit.p.19.

<sup>45</sup> Cfr. Palma. “Derecho Comercial”. Pág.18 y ss.

De esta forma podemos darnos cuenta que el concepto de comercio y el contrato de Franchising poseen elementos bastante similares, de lo cual podría desprenderse el carácter mercantil de este último. En primer lugar, el Franchising es un sistema de distribución; tiene como finalidad hacer llegar un producto o un servicio desde su fuente de origen hacia el consumidor o usuario. Las partes, al contratar, toman el rol de intermediarios o mediadores en la circulación o comercialización de ese producto o servicio.

#### **4. El Franchising un Contrato Comercial.**

En atención a todo lo anteriormente dicho sobre el contrato de Franchising, a sus principales elementos y características, y basándome en las principales teorías para determinar la mercantilidad de los actos jurídicos, podemos aseverar que esta nueva figura contractual es un contrato comercial al cual se le aplica la legislación comercial y en subsidio la civil.

Principalmente llego a esta conclusión basándome en la teoría de lo accesorio uno de los cuatro pilares fundamentales de la teoría tradicional del acto de comercio, esta amplia o restringe la mercantilidad de los actos mencionados en el Art 3 del Código de Comercio. Básicamente esta teoría señala que son actos comerciales los actos civiles que celebra el comerciante en virtud de su actividad mercantil. Y al contrario, son civiles los actos que celebre una persona para el desarrollo de una actividad no mercantil<sup>46</sup>. Hablamos de una accesoriedad de hecho no de una accesoriedad jurídica.<sup>47</sup> En el caso concreto del Franchising, se trata de un contrato comercial ya que es un contrato que celebra el comerciante para el desarrollo de su actividad mercantil y a mi modo de ver es imposible concebir al Franchising como un contrato fuera de una cadena de comercio.

Otro de los argumentos esgrimidos en esta tesis para señalar la mercantilidad del Franchising es el concepto de dicho contrato y el de acto de comercio, los cuales contienen características similares. Y siendo así el Franchising podría entenderse como un contrato de carácter mercantil.

Partiendo de la base que estamos frente a un contrato de carácter mercantil y que por lo mismo es dicha legislación la que se le aplica a continuación pasare a analizar los principales efectos e importancia práctica que nace a raíz de la distinción recién hecha.

---

<sup>46</sup> Cfr. Puga. J. *Op.cit.* p.19.

<sup>47</sup> Ídem. p.151.

### CAPITULO III

#### PRINCIPALES EFECTOS E IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA DETERMINACION DEL CARÁCTER MERCANTIL DEL FRANCHISING.

En la antigüedad la importancia de distinguir el carácter civil o mercantil de los actos jurídicos radicaba en la jurisdicción que conocía de los conflictos que surgían en relación a ellos. Estos tribunales de comercio son creados respondiendo a un fenómeno histórico mas que por la real diferencia existente entre un acto civil y comercial<sup>48</sup>. Hoy en día, en ausencia de dicha jurisdicción especializada, la importancia de la distinción se radica en la legislación de fondo aplicable a uno y otro acto, de lo cual pueden derivar importantes consecuencias que a continuación señalaremos.

##### 1. La Quiebra.

En el caso concreto de la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Quiebras es importante distinguir si la obligación incumplida emana de un acto de comercio o de un acto civil. Según el Art. 43 n° de la ley 18.175, el deudor que ejerce actividad comercial, industrial, agrícola o minera, puede ser declarado en quiebra si ha cesado en el pago de una obligación mercantil con el solicitante cuyo titulo sea ejecutivo. Si el deudor ha dejado de cumplir con el pago de obligaciones que tienen como origen un acto civil, no se configura la misma causal y es necesario que concurran otros requisitos para que sea declarado en quiebra.<sup>49</sup>

En atención al elemento referido al cese en el pago de una obligación comercial con el solicitante, cuyo titulo sea ejecutivo. Álvaro Puelma entiende que este precepto implica que el deudor no haya pagado a la fecha de su vencimiento una obligación comercial, considerando como tal, aquella que constituye un acto de comercio para el deudor, en el caso de las personas que no son comerciantes son mercantiles las obligaciones derivadas de actos de comercio formales.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Idem. p.32

<sup>49</sup> Cfr. Sandoval. R. Op. Cit. p. 49.

<sup>50</sup> Cfr. Puelma. Á. *Curso de Derecho de Quiebras*. Ed. Jurídica de Chile. 4° Edición. Santiago. Chile. 1985. Pág. 37.

En la quiebra comercial solo existe obligación de solicitar la propia quiebra al deudor calificado del Art. 41. De la Ley de Quiebras si cesa en el pago de una obligación comercial.<sup>51</sup>

En el caso concreto de la quiebra podemos observar claramente, que es de suma importancia determinar el carácter de la obligación que se incumplió, ya que solo si se trata del incumplimiento de una obligación comercial estará obligado a solicitar su propia quiebra el deudor calificado del Art. 41 de la Ley de Quiebras en el segundo caso, y en el primero solo se permitirá la declaración de quiebras de un deudor que ejerce la actividad comercial siempre y cuando se haya incurrido en el incumplimiento de una obligación comercial, de otra forma si se tratase de una obligación civil, el deudor comercial por el incumplimiento de solo una obligación no podría declararse en quiebra y sería necesario la concurrencia de otros requisitos.

Según lo señalado en el artículo 218, “sólo la quiebra del deudor indicado en el artículo 41, aquél que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, podrá ser calificada como fortuita, culpable o fraudulenta”<sup>52</sup>.

En relación a lo anterior, los delitos de quiebra culpable y fraudulenta sólo pueden ser cometidos por un sujeto activo especial, el deudor que se dedique a alguna de las actividades previstas en el artículo 41.

Si la sentencia que declara la quiebra indica que el deudor no es de aquellos comprendidos en el artículo 41 y existe responsabilidad penal, la investigación se inicia a partir de la figura penal contemplada en el artículo 466 del Código Penal u otro de los tipos que se encuadran en fraudes y otros engaños.<sup>53</sup>

La determinación de la calidad de comerciante es importante ya que existe una legislación mas estricta para éste, anteriormente se discutía si podía declararse en quiebra., por obligaciones contraídas en el ejercicio de su comercio, a un ex comerciante. La Ley de Quiebras respondió afirmativamente a esta interrogante estableciendo en su Art. 44, el cual estableció expresamente que podía ser declarado en quiebra como comerciante cuando no hubiera pagado una obligación comercial contraída en el ejercicio de su comercio.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Cfr. Puga. J. Op. Cit.p.33

<sup>52</sup> Artículo 218.del Código de Comercio.

<sup>53</sup> Oficio N° 231 “Delitos contemplados en la Ley de Quiebras N° 18.175, investigación y criterios de actuación.”

<sup>54</sup> Cfr. Puelma. Op. Cit. p. 27.

## **2. La Prueba.**

En atención a la naturaleza civil o mercantil de los actos jurídicos las reglas establecidas para probar su existencia y efectos son distintas. Como sabemos la mayoría de las reglas del derecho probatorio están consagradas en el Código Civil, el Código de Comercio establece en ciertos casos reglas especiales y es aquí donde radica la importancia de la distinción.<sup>55</sup>

### **2.1. Se admite en materia comercial la Prueba Testimonial**

Como lo menciona el Art. 128 y 129 del Código de Comercio en materia comercial no existe la limitación civil a la prueba de testigos contenida en el Art. 1708 y 1709 del Código Civil<sup>56</sup>. El Art. 128 del Código de Comercio señala “la prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura publica” y el Art. 129 contiene una norma excepcional que admite la prueba testimonial aun cuando altere o adicione el contenido de las escrituras publicas “Los juzgados de comercio podrán, atendidas las circunstancias de la causa, admitir prueba testimonial aun cuando altere o adicione el contenido de las escrituras públicas”. Mientras que el Art. 1708 del Código Civil señala “No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”.

Y el Art. 1709. “Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias.

No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma.

No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida.”

### **2.2. El valor probatorio de los instrumentos privados y la fecha cierta respecto a terceros**

En cuanto a la prueba documental igualmente es más flexible, ya que según el Art. 35 del Código de Comercio si se trata de una causa entre comerciantes los libros de contabilidad llevados por estos, no obstante su carácter de instrumento privado si son “llevados en conformidad a lo dispuesto en el Art. 31 del mismo cuerpo legal hacen fe en las causas

---

<sup>55</sup> Cfr. Sandoval. R. Op. Cit. p. 48.

<sup>56</sup> Cfr. Puga. J. Op. Cit. p.32

mercantiles”<sup>57</sup>. Todo lo anterior basados en el Art. 127 del Código de Comercio que complementa al Art. 1703 del Código Civil, cuando dice que las escrituras privadas que tengan conformidad a los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los libros enumerados en el Art. 1703 del Código Civil. Los libros de contabilidad de los comerciantes no están reconocidos como medios probatorios en materia civil; en cambio, en materia comercial no solo se les reconoce valor, sino que además hacen fe a favor del que los lleva, lo que es aun más excepcional<sup>58</sup>. La fecha cierta esta dada por la conformidad del documento privado con los libros de contabilidad.

Atendiendo a los ejemplos citados se puede concluir que en materia mercantil el derecho probatorio es mucho mas flexible, al admitir la prueba testimonial y documental en casos en los que el Derecho Civil los descarta expresamente.

### **3. La Prescripción.**

La regla general en materia civil es la prescripción ordinaria de cinco años según el Art. 2515 del Código Civil y en materia mercantil el plazo es por regla general de cuatro años según el Art. 822 del Código de Comercio “Las acciones que procedan de las obligaciones que no tengan señala un plazo especial de prescripción duraran cuatro años”. Las prescripciones contenidas en el Código de Comercio corren contra toda clase de personas.<sup>59</sup>

### **4. La Costumbre.**

Las costumbres mercantiles son normas de derecho objetivo, que nacen a partir del contrato comercial con el fin de suplir la falta de regulación normativa o como medio de interpretación. En el Derecho Comercial la costumbre tiene el rol de fuente formal (Art. 4 del Código de Comercio), y de criterio interpretativo (Art. 6 del Código de Comercio). Gracias al rol supletorio que tiene la costumbre el Derecho Comercial adquiere mayor flexibilidad adaptándose a los requerimientos que el comercio y la economía plantean hoy en día.<sup>60</sup>

Art. 4. “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

---

<sup>57</sup> Cfr. Puga. J. Op. Cit. p.33

<sup>58</sup> Cfr. Sandoval. R. Op. Cit. p. 48

<sup>59</sup> Cfr. Puga. J. Op. Cit. p.33

<sup>60</sup> Cfr. Sandoval. R. Op.Cit. 41

determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio.”<sup>61</sup>

Art. 6. “Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.<sup>62</sup>

El artículo 4 del Código de Comercio reconoce el valor histórico de la costumbre, ya que como se sabe el origen del Derecho Comercial es consuetudinario. La falta de normativa adecuada en el Derecho Común llevo a los comerciantes a buscar una regulación adecuada al comercio en usos nacidos al margen de la ley común. La imposibilidad de que los Códigos de Comercio contengan todas las normas necesarias hace que la costumbre conserve un importante rol como fuente formal del Derecho Comercial. Y rige en silencio de la ley, no solo cuando el legislador se remite a ella, como sucede en el Derecho Civil. Es norma jurídica y no simple criterio interpretativo.<sup>63</sup>

En materia civil la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella, costumbre secundum legem, en cambio en materia comercial rige también en aquellos casos en los que la ley nada dispone sobre ciertos casos particulares, costumbre sine legem.

En materia de contratos en el Código Civil acepta sin restricciones la aplicación de la costumbre para efectos de entender el ámbito obligacional de un contrato, pues el Art. 1546 de dicho cuerpo legal no levanta restricciones de ningún tipo. En cambio en materia comercial el asunto es distinto. El Art. 4 del Código de Comercio establece ciertos requisitos constitutivos, sólo admite la costumbre mercantil si esta da cuenta de hechos “uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la republica o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo”<sup>64</sup>

En relación a los medios de prueba el Código Civil no establece los medios de prueba para acreditar la costumbre mientras que el Código de Comercio si lo hace en sus artículos 5 y 825.

Art. 5: “No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, solo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1º Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

---

<sup>61</sup> Artículo 4 del Código de Comercio

<sup>62</sup> Artículo 6 del Código de Comercio

<sup>63</sup> Cfr. Sandoval. R. Op. cit. p. 40

<sup>64</sup> Cfr. Puga. J. Op. cit.p.34.

2º Por tres escrituras publicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba”<sup>65</sup>

El tercer medio de prueba, es el informe de peritos cuando se tratase de costumbres propias de la navegación y del comercio marítimo, que el juez apreciara conforme a las reglas de la sana crítica.<sup>66</sup>

Art. 825. “En las materias reguladas por este Libro, la costumbre podrá ser probada, además de las formas que señala el artículo 5 de este Código, por informe de peritos, que el tribunal apreciará según las reglas de la sana crítica.”<sup>67</sup>

## **5. La Ley del Consumidor**

Para efectos de la aplicación de la Ley del Consumidor según el Art. 2 de la ley 19496, los actos afectos a las disposiciones que dicha ley contempla son “los actos jurídicos, que de conformidad con lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”.<sup>68</sup>

## **6. Los Plazos.**

El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación. En Derecho Civil los plazos son establecidos a favor del deudor y a raíz de esto mismo el acreedor no esta facultado para hacer efectivo el crédito antes de que se extinga el plazo, solo el deudor puede renunciar al plazo y dar cumplimiento anticipadamente a la obligación contraída. Existe una excepción a esta regla general contenida en el Código Civil en el Art. 2204, en el caso del contrato de mutuo el plazo es establecido a favor de ambos contratantes.<sup>69</sup>

En el Derecho Comercial el plazo está convenido a favor de ambos contratantes y por tanto ninguno de los dos puede renunciar a él unilateralmente, lo que se encuentra regulado en el Art. 117 del Código de Comercio el cual señala “El acreedor no está obligado a aceptar el pago antes del vencimiento de la obligación”. Esta diferencia con el Derecho Civil se fundamenta en el objeto de los contratos comerciales que generalmente es la circulación de bienes y servicios, y

---

<sup>65</sup> Artículo 5 del Código de Comercio

<sup>66</sup> Cfr. Sandoval. R. Op. cit. p 43

<sup>67</sup> Artículo 825 del Código de Comercio

<sup>68</sup> Cfr. Sandoval. R. Op. cit. p. 49

<sup>69</sup> Cfr. Sandoval. R. *Derecho Comercial*. Ed. Jurídica de Chile. Tomo III V. I. Santiago, 2001.p. 23

que celebran los comerciantes impulsados por un ánimo lucrativo. En atención a éstos las partes no pueden renunciar a los plazos unilateralmente ya que esto traería inevitablemente un perjuicio al otro contratante.<sup>70</sup>

## **7. Materias Tributarias.**

En materias tributarias es importante distinguir si un acto tiene carácter comercial o civil para la aplicación del Impuesto al Valor Agregado. De esta forma en el caso que un servicio no pudiese ser calificado de industria igualmente puede quedar afecto a este impuesto en el caso que se tratase de un acto de naturaleza comercial.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Cfr. Sandoval. R. *Derecho Comercial*. Op. cit. p. 24

<sup>71</sup> Cfr. Sandoval. R. *Manual Derecho Comercial* Op. cit. p. 49

## CONCLUSIONES

Sin duda alguna la importancia y aplicación que en la actualidad ha alcanzado el contrato de Franchising seguirá en aumento, esto debido a que presenta enormes ventajas tanto para el franquiciante como para el franquiciado tales como, los costos de producción se abaratan, aumentan los ingresos y el tiempo que se invierte disminuye ya que se aprovecha la experiencia conseguida, de esta forma se hace más fácil el desarrollo comercial y las inversiones en otros territorios. En la actualidad, el comercio crece a pasos agigantados y esta nueva figura contractual es de gran ayuda para acelerar este intercambio de bienes y servicios, y para otorgar mayor calidad en su entrega.

Por todos los beneficios y ventajas que esta nueva figura contractual presenta para el desarrollo económico es urgente su regulación en nuestro país, con lo cual se le otorgaría mayor seguridad jurídica a los contratantes y se incentivaría su uso, logrando así un gran desarrollo económico.

Las conclusiones a las que he arribado a partir del análisis hecho de este contrato pueden ser enumeradas así:

- 1.- El contrato de Franchising tiene un origen anglosajón en los años 1850 y es ahí donde se produce su mayor desarrollo normativo, y luego se traslada al continente Europeo. Constituye una figura contractual que facilita el intercambio de bienes y servicios y que ayuda a ampliar los mercados de las empresas franquiciantes. El Contrato de Franchising ha alcanzado un gran desarrollo y aplicación práctica ya que presenta una cantidad enorme de ventajas tanto para el franquiciante como para el franquiciado, y sin duda para el consumidor ya que asegura bienes y servicios de calidad que se encuentran respaldados por una prestigiosa marca.
- 2.- El contrato de Franchising, es una figura que presenta bastante flexibilidad, ya que al basarse principalmente en la autonomía de la voluntad se ajusta a todas las necesidades de las partes en función de las condiciones del mercado. Esto deja claro que este principio sigue teniendo un rol fundamental como rector del derecho Privado
- 3.- El contrato de Franchising en Chile no posee regulación legal específica y por tanto se le aplican normas y principios de derecho común para su uso e interpretación. Y esto lleva a una gran incertidumbre en cuanto a la determinación de su naturaleza jurídica, cuestión de gran importancia a la hora de determinar los efectos de dicho contrato.
- 4.- Los criterios objetivos y subjetivos usados para la determinación de la mercantilidad de los actos, no dan una respuesta satisfactoria para la determinación de la naturaleza mercantil del Contrato de Franchising. El criterio principal para determinar la naturaleza jurídica de esta nueva

figura contractual es la teoría de lo accesorio, vista bajo la óptica de la nueva teoría del acto de comercio, es decir dentro de una actividad mercantil.

5.- Básicamente la teoría de lo accesorio señala que son actos comerciales los actos civiles que celebra el comerciante en virtud de su actividad comercial. Y al contrario son civiles los actos que celebre una persona para el desarrollo de una actividad no comercial<sup>72</sup>. Hablamos de una accesoriedad de hecho no de una accesoriedad jurídica.<sup>73</sup> En el caso concreto del Franchising, se trata de un contrato comercial ya que es un contrato que celebra el comerciante para el desarrollo de su actividad mercantil y a mi modo de ver es imposible concebir al Franchising como un contrato fuera de una cadena de comercio. La determinación de la naturaleza jurídica del Franchising es de vital importancia por los efectos y consecuencias prácticas que trae aparejados, ya que en la legislación mercantil se presentan disposiciones distintas en algunas materias como son la prueba, la costumbre, la quiebra, los plazos, etc.

6.- En materia de prueba existe una mayor flexibilidad en cuanto a los medios probatorios, se acepta prueba testimonial en casos en los cuales en materia civil se prohíbe expresamente. En materia documental, los libros de los comerciantes hacen fe y establecen la fecha cierta cuando son llevados según los requisitos establecidos.

7- En materia de prescripción la regla general en materia civil es la prescripción ordinaria de cinco años y en materia comercial el plazo es por regla general de cuatro años.

8.- En materias tributarias es importante distinguir si un acto tiene carácter comercial o civil para la aplicación del Impuesto al Valor Agregado.

9.- En Derecho Civil los plazos son establecidos a favor del deudor y a raíz de esto mismo el acreedor no está facultado para hacer efectivo el crédito antes de que se extinga el plazo, solo el deudor puede renunciar al plazo y dar cumplimiento anticipadamente a la obligación contraída.

En el Derecho Comercial el plazo está convenido a favor de ambos contratantes y por tanto ninguno de los dos puede renunciar unilateralmente.

10.- En materia de Costumbre en cuanto a los medios de prueba el Código Civil no establece los medios de prueba para acreditar la costumbre mientras que el Código de Comercio sí lo hace en sus artículos 5 y 825

La costumbre mercantil tiene una aplicación más restringida que la civil, aquí se establecen los requisitos para que opere dicha costumbre, en el Derecho Civil esto no es así, no se consagran requisitos específicos.

---

<sup>72</sup> Puga. J. Op. cit. p.19.

<sup>73</sup> Puga. J. Op. cit.p.151.

11.- En la quiebra comercial solo si se trata del incumplimiento de una obligación comercial estará obligado a solicitar su propia quiebra el deudor calificado del Art. 41 de la Ley de Quiebras en el segundo caso, y en el primero solo se permitirá la declaración de quiebras de un deudor que ejerce la actividad comercial siempre y cuando se haya incurrido en el incumplimiento de una obligación mercantil, de otra forma si se tratase de una obligación civil, el deudor comercial por el incumplimiento de solo una obligación no podría declararse en quiebra y sería necesario la concurrencia de otros requisitos.

Otra diferencia que se presenta es en los efectos penales de la quiebra, ya que solo puede cometer quiebra culpable y fraudulenta el deudor calificado del artículo 41.

Como se puede ver el contrato de Franchising es de suma importancia en el comercio actual por las variadas ventajas que se presentan, y es por esto que es de suma importancia la determinación de su naturaleza jurídica. Con el análisis hecho en este trabajo podemos decir que esta nueva figura contractual obedece a una lógica comercial, por tanto se le deben aplicar las disposiciones del Derecho Comercial y a raíz de esto se obtienen las consecuencias anteriormente enumeradas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Argañaras, J. *El Contrato de Franchising*. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos/Franchising/Franchising.shtml?monosearch>. (10/9/09)
- Baeza, G., *Derecho Comercial*, Ed. Lexis-Nexis, Santiago, 2003
- Bravo, J. *Nuevos contratos tecnológicos*. Ed. Jurídica Conosur. Chile. 1996.
- Broseta, M. *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid. 1994
- Cartes, A. “El Franchising”. *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*. Universidad San Sebastián. N° 1. 1999. Pág. 173-177.
- Chulia Vincent y Beltran Alandete, *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos I*. Librería Bosh. España. 1999.
- Comité Belga de la distribución. “Franchising”. Barcelona. 1973.
- Corral, H. “Nuevas Formas de contratación y sistema de Derecho Privado”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 201. 1997. Pág. 59-71.
- De Amesti, C. *Contrato de Franchising*. Ed. Jurídica Conosur Ltda. Santiago. 1997.
- Fariña, J. *Contratos comerciales modernos*. Modalidades de contratación empresarial, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.
- Guyenot, J. *Curso de Derecho Comercial, ¿Qué es el Franchising?* Ed. Ejea, Buenos Aires, 1977.
- Instituto de Empresa, “El marco legal de la franquicia: contenidos y legislación aplicable” disponible en <http://creacion.empresas.ie.edu/knowledge/docs/52.pdf> (20/1/10).
- Jiménez, G. *Derecho Mercantil*. Editorial Ariel. Barcelona. 1990.
- León. “La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”.
- López, J. “Sistema de interpretación de los contratos”. Valparaíso. Chile. 1971.
- López, J. “Las Nuevas Figuras Contractuales”. Apuntes Universidad Católica de Valparaíso. 1978.
- Maldonado, S. *Contrato de Franchising*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1993.
- Marzorati, O. *Franchising*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2001.
- Marzorati, O. *Derecho de los negocios Internacionales*, Ed. Astrea. Buenos Aires, 1993.
- Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, Ed. EJEa, Buenos Aires, 1955.

- Meza, R. “De las obligaciones”. Manual de Derecho Civil. Ed. jurídica de Chile. 1992.
- Morejon, A. *El Contrato de Franquicia, disponible en* <http://www.eumed.net/libros/2009a/478/EL%20CONTRATO%20DE%20FRANQUICIA%20EN%20BRASIL.htm> (10/02/10)
- Oficio N° 231 “Delitos contemplados en la Ley de Quiebras N° 18.175, investigación y criterios de actuación.”
- Olavarria. “Manual de Derecho Comercial”. Santiago-Chile 1956. Pág. 202 y ss.
- Puelma. Á. *Curso de Derecho de Quiebras*. Ed. Jurídica de Chile. 4° Edición. Santiago. Chile. 1985
- Puga, J. *El acto de Comercio*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2005
- Raab, E. y Matusky, G. *Franquicias: como multiplicar su negocio*. Ed. Limusa. México. 2002
- Sandoval, R. “Operación de Franchising”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 190. 1991. Pág. 35-52.
- Sandoval, R. *Nuevas operaciones mercantiles*. Ed. Jurídica Conosur Ltda. Santiago. Chile. 1999.
- Sandoval, R. *Manual de Derecho Comercial. Tomo III*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2001.
- Sandoval, R. *Contratos Mercantiles. Tomo II*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2003.
- De Solminhiac, J. *Derecho Básico*. Ed. R. Budd y Co. Santiago. Chile. 1984
- Troncoso H. y Álvarez C. *Contratos*. Ed. Lexis Nexis. Santiago. 2006.