

De la franquicia a los contratos de adhesión

José Manuel Bastidas*

Sumario:

1. La franquicia como nueva manera de hacer negocios. 2. El contrato de franquicia. Aceptaciones terminológicas. 3. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia. 4. Modalidades y objeto que recae la franquicia. 5. Características y plazos del contrato de franquicia. 6. Obligaciones para los sujetos contratantes de la franquicia. A. Obligaciones del franquiciador. B. Obligaciones del franquiciado. 7. Indemnización por daños y perjuicios en la violación de las obligaciones del contrato de franquicia. 8. Las Cuentas en participación y Asociación en participación y el contrato de franquicia en Venezuela. 9. La franquicia y el Derecho laboral. 10. La franquicia y la Ley de protección al consumidor y al usuario. A. In dubio pro consumidor. B. El Anatocismo.

1. La franquicia como nueva manera de hacer negocios.

Para iniciar este trabajo, a manera introductoria, es conveniente precisar el concepto de franquicia, ya que la acepción de la palabra ha tenido diferentes significados. Nace la franquicia como hoy la conocemos en Estados Unidos (Franchising), ligado a lo que para entonces constituía el contrato de Seguro Marítimo. Sin embargo, la denominación *franquicia* se utilizó en tiempos más remotos dentro de la concepción del Derecho Canónico, como la concesión o el derecho que tenían los Obispos para cobrar un estipendio sobre la producción de un determinado fundo agrícola.

Sin embargo, más allá de las consideraciones históricas, es necesario adentrarnos dentro del concepto legal que ha venido adquiriendo la franquicia, específicamente, el contrato de franquicia.

2. El contrato de franquicia. Aceptaciones terminológicas.

La franquicia, más allá de sus consideraciones históricas, responde a la naturaleza jurídica del contrato, específicamente, como una figura escindida del *contrato de concesión*. Éste último responde a la finalidad de facilitar de

* Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Valle del Momboy (Valera - Venezuela) y Universidad Fermín Toro (Barquisimeto - Venezuela).

modo estable la distribución de bienes o servicios mediante la organización de una red que cubra de forma más o menos amplia el mercado. De allí, las razones de transformación que hizo surgir, en el tráfico comercial, el llamado *contrato de franquicia* (o de franchising). Veamos con detenimiento algunas definiciones que nos trae a colación la doctrina sobre esta novedosa forma de contratación mercantil.

Este contrato puede definirse diciendo que *«es aquel por el que el llamado franquiciador (o concedente) transmite al franquiciado (o concesionario) determinados conocimientos técnicos o comerciales, con frecuencia de carácter secreto, para que los aplique a su negocio consintiendo también que el franquiciado use el rótulo y otros signos distintivos (en particular, las marcas de los productos) en el ejercicio de su actividad, que ha de realizar bajo el control del franquiciador, el cual percibirá un canon que ha de pagar el franquiciado, es decir, el concesionario de la franquicia»*. (Juan SANCHEZ CALERO. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid, Volumen II, Vigésima quinta Edición (2003) pág. 184 y siguientes).

Ricardo Alonso nos lo define como *aquel contrato en que un empresario llamado (franquiciador) cede a otro empresario llamado (franquiciado) la utilización de los conocimientos técnicos y los elementos inmateriales de una empresa que ha cimentado su éxito, para la fabricación de un producto o un servicio bajo la marca, los símbolos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio del pago de una cuota de entrada y de un canon periódico que se establece habitualmente en función de las ventas*. (Ricardo Alonso Soto. *Ob. Cit.* pág.193).

A diferencia de las anteriores definiciones doctrinales, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España, dispone en su artículo 62-1 por contrato de franquicia como *aquella que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios*.

3. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia.

Uno de los puntos más difíciles para entender el tema de la franquicia, se precisa al momento de establecer la naturaleza jurídica del mismo. Complejidad que según doctrina deviene de la diferencia concurrencia de elementos contractuales diversos. Ricardo Alonso Soto señala que el contrato de franquicia es simplemente un *contrato de distribución*, que le permite al

franquiciador la garantía de distribuir sus productos sin arriesgar capital, o arriesgando un mínimo de capital (Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ, Ricardo Alonso SOTO y otros. *Curso de Derecho Mercantil II*, pág. 193).

Otros autores consideran que la Franquicia es un *contrato de colaboración empresarial*. El *Franchising*, como es llamado, dice que es un contrato de colaboración entre empresas independientes pero que poseen un negocio definido unitariamente considerado.

Al adentrarnos al tema de la naturaleza jurídica, sea como un contrato de distribución o de colaboración según lo visto, partimos de la idea de entenderlo como una modalidad nueva, totalmente separada de las consagradas en la codificación mercantil venezolana.

4. Modalidades y objeto que recae la franquicia.

Si la naturaleza jurídica de la franquicia trae consigo algunas discrepancias en la doctrina, las modalidades de aquélla son tan diversas que hoy es perfectamente viable extenderlas hacia toda las actividades susceptibles de comercialización legal. Por ejemplo, en Venezuela, la franquicia postal fue de las primeras franquicias existentes, estableciéndose desde hace varios años empresas de esta naturaleza tanto nacionales como internacionales

Hoy, la franquicia se ha desarrollado ampliamente y este sistema de comercialización está abarcando toda la gama comercial, a manera de ejemplo mencionaremos algunos tipos:

- * Accesorios y muebles para hogar y restaurantes.
- * Agencias de viajes, alimentación y comida rápida.
- * Bares/pubs.
- * Comunicaciones, electrónica, video y sonido.
- * Enseñanzas, estética, belleza y cuidado personal
- * Farmacias y salud.
- * Hoteles.

- * Ópticas.
- * Revistas, snacks,
- * Ropa y accesorios personales
- * Servicios para automóviles
- * Servicios postales y centros de copiados
- * Tintorerías y arreglo de prendas de vestir.

Además de la lista declarativa enunciada, ya se habla hasta de franquicias bancarias, que si bien legalmente no existen plenamente como tales, algunas instituciones bancarias han implementado asociaciones con características tomadas del contrato de franquicia y que en algún momento han llamado *contratos de participación*.

5. Características y plazos del contrato de franquicia.

El contrato de franquicia, si hiciéramos una disección para fijar las principales características, comenzaríamos por entender que es un contrato autónomo, atípico y mixto, es decir, que no depende de la existencia de otra modalidad contractual para su existencia como fuente de obligaciones. Su carácter de atípico implica que no está comprendido dentro de la tipología de contratos de nuestra legislación mercantil lo cual lo hace atípico. Además, como lo explicamos anteriormente, participa de una mixtura obligacional que lo singulariza. Por otra parte, este contrato es bilateral, sinalagmático, de colaboración, de duración continuada (tracto sucesivo), de buena fe y de lealtad recíproca.

Una de las peculiaridades del contrato de franquicia es que requiere de formalidades *ad substantiam*, vale decir, que debe constar por escrito por su ineludible cooperación comercial. Este exceso de celo de los franquiciadores ha terminado por convertirlo en un contrato de adhesión.

Otra de las características más importantes de la franquicia como contrato, es su mixtura en cuanto a la extensión de los contratantes. Esto quiere decir que la franquicia puede ser un contrato de naturaleza mercantil, donde las partes involucradas son comerciantes, en consecuencia, la jurisdicción en caso de conflicto será la comercial. También puede ser civil

De la franquicia a los contratos de adhesión

cuando las partes no son comerciantes (Vgr. franquicias agrícolas o de hidrocarburos contempladas en la legislación venezolana).

En cuanto al plazo de la franquicia, puede ser éste tanto a tiempo determinado como indeterminado. El régimen jurídico nacional no obliga o dispone de lapsos para la vigencia del contrato, dejándole a las partes contratantes la libertad para establecer la terminación del mismo.

6. Obligaciones para los sujetos contratantes de la franquicia.

Como un contrato bilateral sinalagmático perfecto, el contrato de franquicia fija una serie de obligaciones para las partes.

A. Obligaciones del franquiciador.

Fundamentalmente son tres las obligaciones del franquiciador o facilitador de la franquicia, los cuales son:

1. Transmitir la franquicia, incluyendo los conocimientos secretos que pudiera contener (Know-how).
2. Proveer la materia prima.
3. Limite territorial.

B. Obligaciones del franquiciado.

Con respecto a la parte que disfruta de la franquicia y obtiene el lucro de su explotación, tenemos:

1. Pagar el precio pactado de la franquicia, las regalías o el Royalty.
2. Lealtad de no revelación del know-how.
3. Clara limitación territorial de acción de la franquicia.
4. Aprovisionamiento exclusivo del franquiciador.
5. Comunicación fluída al franquiciador.

6. Participación en los gastos de publicidad.
7. Usar el know-how
8. No cambiar de local.
9. Control de transporte

7. Indemnización por daños y perjuicios en la violación de las obligaciones del contrato de franquicia.

Como todo contrato pueden surgir indemnizaciones por daños y perjuicios por violación de las cláusulas contractuales por parte de cualquiera de las partes. En Francia los Tribunales han decidido que para poder establecer una franquicia es necesario que exista el negocio del franquiciador, en consecuencia no se puede hablar de franquicias de maletín o imaginarias, si el franquiciador no tiene negocios de esa naturaleza no puede celebrar contratos de franquicia y es lógico, para transmitir el Know how

8. Las Cuentas en participación y Asociación en participación y el contrato de franquicia en Venezuela.

En Venezuela no existe regulación legislativa sobre el contrato de franquicia, lo que existe más o menos parecido es el llamado *contrato de cuentas en participación*, por eso vamos a hacer un breve comentario para tener una idea de lo que puede presentarse en un futuro. La Legislación Venezolana nos habla de «Cuentas en participación» en el artículo 359 del Código de Comercio vigente. La legislación italiana lo llama «Asociación en participación».

«Artículo 359.- La asociación en participación es aquella en que un comerciante o una compañía mercantil, da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todas las de su comercio. Puede también tener lugar en operaciones comerciales hechas por no comerciantes»

Sin embargo, a pesar de las discrepancias etimológicas presentes en la legislación italiana y venezolana, Francesco Messineo (*Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979.

Tomo VI, Pág. 3 y siguientes) quien nos habla repetidamente de *Franquicias* para conceptualizar y explicar las Asociaciones en Participación. Pero, revisando con más detalles tanto la postura de Messineo como las disposiciones positivas del legislador, las diferencias entre ambas instituciones (Franquicias y Asociaciones de participación) son muchas, veamos.

En primer lugar, la actividad entre el Asociante y Asociado puede convertirse en una sociedad secreta o tácita, al contrario de la franquicia.

En segundo lugar, el Asociante mantiene el trato con sus clientes y terceros, algo inconcebible en la exclusividad de la franquicia.

En tercer lugar, la Asociación no requiere *publicidad* salvo en materia inmobiliaria. La franquicia para materializarse necesita imprescindiblemente de la publicidad (registro) del contrato.

En cuarto lugar, en las Asociaciones o cuentas en participación, se habla de una especie de cooperación se comparte el riesgo de un negocio que es propiedad de otro.

Fuera de estas diferencias que son consecuencias de los elementos propios de los contratos mercantiles, existen otras discrepancias más emblemáticas entre las Cuentas de participación o Asociaciones en participación y la Franquicia, por las peculiaridades de ésta última. Estas son:

1. En las Cuentas de Participación no hay transmisión del know-how.
2. En las Cuentas de Participación no hay traspaso de uso o emblemas, incluso el contrato puede ser secreto.
3. El lev motiv de las Cuentas de Participación es la utilidad, mientras que en la franquicia es la reproducción de un sistema de fabricación o venta.

9. La franquicia y el Derecho laboral.

Se ha señalado que el franquiciador no asume las responsabilidades que adquirió el franquiciado con respecto a sus trabajadores. El tema se convierte en un asunto espinoso porque puede presentarse el caso de que se utilice el contrato de franquicia con la aviesa intención de simular contratos de trabajo o liberarse de obligaciones laborales. El Profesor Cesar Augusto Carballo Mena, en su obra *Delimitación del Contrato de Trabajo. Franquicias, Teletrabajo,*

Invenções Laborales y Fronteras del Contrato de Trabajo (Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001, página 61 y siguientes); plantea el problema a tenor de lo establecido en los Artículos 54 y 55 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dicen:

«Artículo 54. A los efectos de esta Ley se entiende por intermediario la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores.

El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá **además**, solidariamente con el intermediario, cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada. Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario.

Artículo 55. No se considerará intermediario, y en consecuencia no comprometerá la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, el contratista, es decir, la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos.

No será aplicable esta disposición al contratista cuya actividad sea inherente o conexas con la del beneficiario de la obra o servicio.

Las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario.»

Sobre esto, tomando las referencias legales anteriores, el profesor de la UCAB señala tres responsabilidades fundamentales en cuanto al contrato de franquicia y la Ley Orgánica del Trabajo:

1. Responsabilidad del Franquiciante frente al Franquiciado.

a. Prácticas simulatorias. Tres son los puntos básicos que indica que se relacionan. (Artículo 89, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; Artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, y Artículo 8, literal b del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, que nos hablan de la **irrenunciabilidad**)

b. Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, cualquiera fuere su fuente. (b) Artículo 89.1, disposición transitoria 4ª, numeral 4º, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 8.c del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo).

c. Primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídico laboral. (c) La presunción (juris

De la franquicia a los contratos de adhesión

tantum) del carácter laboral de la relación jurídica existente entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo).

Indica el profesor Carballo, la necesidad **no esencial** de que el franquiciante o franquiciador tenga ciertas características para que la **subordinación o dependencia**, que es el rasgo esencial de la relación laboral no se produzca, esas recomendaciones son:

- 1.- Que el franquiciado sea una persona jurídica.
- 2.- Que el franquiciado asuma la explotación del negocio en nombre propio.
- 3.- El franquiciado soporte los riesgos de la actividad comercial en cuanto a los créditos o ganancias y pérdidas de la empresa franquiciada.
- 4.- Que el franquiciante se abstenga de intervenir en la contratación, dirección y disciplina del personal dependiente del franquiciado.

La subordinación es un elemento muy subjetivo y seguramente irá cambiando con las diferentes interpretaciones legales en casos concretos, el franquiciado deberá cumplir con todas las leyes impositivas, pagar el SENIAT, cotizar el INCE, en fin tener una estructura administrativa diferente al franquiciante. El problema práctico se presenta que si el franquiciante no supervisa la actividad del franquiciado, no podrá saber jamás si realmente el franquiciado tiene constituida formalmente una empresa o una unidad de producción diferente. En la práctica se dan muchos casos de empresarios autónomos o no subordinados que no cumplen ningún requisito formal y que a la larga le será al franquiciante casi imposible probar la independencia y separación de las empresas y la autonomía del franquiciado. En este caso nos referimos, por ejemplo, a las prácticas muy comunes buhoneriles, empresas de transporte, empresas de distribución de periódicos, y otras.

2. Responsabilidad frente a los trabajadores del otro contratante (Intermediación y Contratación bajo modalidad de inherencia o conexidad).

Tal como se indica en los Artículos 54 y 55 de la Ley Orgánica del Trabajo, antes mencionados, existe la responsabilidad solidaria del contratista con intermediarios. Y aquí también estamos en una situación de hecho difícil de determinar y que puede ser cambiante y convertirse en una obra conexas y en consecuencia de conformidad con el Art. 56 de la Orgánica del Trabajo, se

convierta el franquiciante en responsable solidario de las obligaciones contraídas por el franquiciado (Art. 57 de la Ley Orgánica del Trabajo).

«Artículo 56. A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del dueño de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella. La responsabilidad del dueño de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores utilizados por subcontratistas, aun en el caso de que el contratista no esté autorizado para subcontratar; y los trabajadores referidos gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados en la obra o servicio.

Artículo 57. Cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la empresa que se beneficie con ella.»

3. Responsabilidad por integración de un grupo de empresas o conjunto económico.

Este concepto está desarrollado en el Artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, Párrafo primero. Y es un concepto que se está aplicando en diferentes áreas legislativas como en materia impositiva (SENIAT) donde las empresas relacionadas tienen que hacer declaraciones de impuestos sobre la renta consolidadas.

«Artículo 21: Grupos de Empresa. Los patronos que integren un grupo de empresas, serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

Párrafo Primero:

Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encuentren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieran a su cargo la explotación de las mismas.»

La colisión que puede existir debe ser tratada en cada caso particular y serán los hechos más que ninguna consideración de tipo teórico los que determinarán el tipo de responsabilidad del franquiciante con el franquiciado, con los trabajadores, o la responsabilidad de las empresas consolidadas.

10. La franquicia y la Ley de protección al consumidor y al usuario.

El 4 de mayo del 2004, es promulgada la Ley de Protección al Consumidor. Si bien es cierto que esta ley no toca directamente el contrato de franquicia, indirectamente la ha venido regulando y los efectos son de suma importancia. Como decíamos al comienzo de esta exposición, una de las características de este contrato es que tiene que constar por escrito. También decíamos que este es un contrato de cooperación mercantil, pues bien, las corporaciones o franquiciantes prevaleciéndose de su posición de poder o dominio, han llevado al legislador a intervenir, y no solo interviene en los contratos de franquicia, sino todos aquellos llamados de adhesión.

Veamos como conceptualizan el contrato de adhesión.

Cabanellas y Alcalá Zamora. (*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*) definen el contrato de adhesión como «aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas...»

Esta definición tiene el problema de que no resuelve los casos de las empresas de servicios que la mayoría de las veces se convierten en monopolios.

Por su parte Messineo (*Doctrina General del Contrato*. Tomo II. pág. 440) dice: «es aquel en que las cláusulas son previamente determinadas y propuestas por un solo de los contratantes, de modo que el otro no tiene el poder de introducir modificaciones y si no quiere aceptarlas debe renunciar a estipular el contrato; lo que introduce una limitación a la libertad contractual» y se resuelve en una imposición del contenido contractual».

Indica el tratadista italiano que este tipo de contrato implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica. El contrato de adhesión supone una situación económica de monopolio legal o de hecho en la que el monopolista impone su voluntad al consumidor. Estas observaciones del maestro italiano se han presentado en Venezuela con una continuidad asombrosa sin que los jueces mercantiles apliquen disposiciones protectoras al consumidor. Este abandono al consumidor, unido al abuso del empresario todo poderoso nos llevó a esta ley, que ojala, no nos lleve de un extremo a otro como suele ocurrir en nuestras inmaduras sociedades.

El artículo 81 de la Ley de Protección al consumidor define así el contrato de Adhesión:

Concepto de Contrato de Adhesión

Artículo 81.- A los efectos de esta Ley se entenderá como contrato de adhesión aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.

Desde los artículos 81 al 88 de la ley bajo comentario, el legislador, por primera vez regula los llamados contratos de adhesión. El problema se plantea con el abuso de las empresas poderosas en detrimento de los pequeños comerciantes. Seguramente saldrá muy pronto la Ley que proteja a los pequeños accionistas y otras similares, mientras tanto, estudiemos esta nueva categoría de contratos.

Como primer elemento podemos decir que esta ley es aplicable a todo tipo de contratos, llámense contratos de: Franquicia, arrendamiento, servicios postales o de lavanderías, los llamados contratos de opción a compra etc.

Es de orden público, en consecuencia sus disposiciones no pueden ser relajadas por las partes.

El contrato de adhesión advierte la posibilidad de adornarlo para simular su naturaleza. En los Centros Comerciales, los contratos de arrendamiento si son básicamente similares, siempre será contratos de adhesión, así como cualquier otro contrato que emane de proveedores de bienes o servicios.

Existe una presunción iuris de iure, con respecto a los contratos efectuados a través de ofertas públicas, entendiendo que las ofertas electrónicas, TV, email etc., serán contratos de adhesión ya que las condiciones las establece el oferente..

El artículo 83, eiusdem, señala las prohibiciones de modificar las condiciones y las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios cuando pretenda modificar los precios o ciertas condiciones en aquellos contratos de duración temporal. Además indica dicho artículo que en caso de que dicho proveedor o servicio sea un monopolio, no podrán hacer las modificaciones sin autorización de la autoridad competente. Esto último nos hace pensar que los monopolios serán siempre controlados por el Estado.

De la franquicia a los contratos de adhesión

En el caso de contratos de adhesión con vigencia temporal de mediano o largo plazo, que justifiere, desde el punto de vista económico, cambios en la facturación, en las condiciones de suministro o en la relación precio/calidad de los servicios ofrecidos, el proveedor deberá informar al consumidor o usuario, con una antelación mínima de un mes, las modificaciones en las condiciones y términos de suministro del servicio. El consumidor o usuario tomará la decisión de continuar con el mismo proveedor o rescindir el contrato. De no aceptarse las nuevas condiciones y términos por parte del consumidor o usuario, se entenderá que el contrato queda rescindido. En este caso, el retiro de las instalaciones o equipos se hará de acuerdo a lo convenido en el contrato de adhesión, en forma tal de no perjudicar al consumidor o usuario, y se hará a expensas del proveedor.

En todo cambio de las condiciones de un contrato de adhesión por las razones mencionadas en el párrafo anterior, el proveedor debe suministrarle al consumidor o usuario información perfectamente verificable sobre las condiciones que, para un servicio de similares características, ofrezcan por lo menos tres (3) competidores existentes en el mercado. De ejercer el proveedor una posición monopólica en el suministro del bien o servicio en cuestión, las modificaciones en los contratos de adhesión tendrán que ser autorizadas, previa justificación documentada, por la autoridad competente.

En los casos en que el consumidor o usuario esté condicionado por sus condiciones de empleo a usar un proveedor particular de un servicio, como es el caso de las cuentas de nómina de empresa que manejan con carácter de exclusividad los bancos, todo cambio en las condiciones de los contratos de adhesión deberán ser negociadas con el colectivo afectado.

Derecho a retractarse

Artículo 84.- El consumidor o usuario tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo de siete (7) días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, por justa causa y si no hubiere hecho uso del bien o servicio, especialmente cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o cualquier otro medio electrónico, o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado previa deducción de los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega, siempre y cuando el bien entregado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato.

Esta es una novedosa norma que seguramente modificará los patrones de uso comercial de Venezuela, pero que son muy comunes en otros países, me refiero a al llamado devolución por arrepentimiento. En la norma, el

legislador fue un poco tímido y habla de la justa causa. Bastante difícil será establecer la justa causa y bastantes problemas tendrán las autoridades administrativas para calibrar esa figura. El legislador ni siquiera habla de arrepentirse como es la costumbre y el uso en los países anglófonos, con timidez habla de retractarse y agrega posteriormente la justa causa.

A. In dubio pro consumidor.

Este también es un nuevo elemento que se incorpora a la legislación venezolana, se establece una norma donde se indica que en caso de dudas se beneficie al consumidor o usuario.

Artículo 86. - Las cláusulas de los contratos serán interpretadas y apegadas a la legalidad y la justicia del modo más favorable al consumidor y usuario.

Nulidad de las Cláusulas en los contratos de adhesión

Artículo 87.- Se consideran nulas de pleno derechos las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión:

- 1) Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.
- 2) Impliquen la renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio.
- 3) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.
- 4) Impongan la utilización obligatoria del arbitraje.
- 5) Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato.
- 6) Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato, salvo cuando se conceda esta facultad al consumidor para el caso de ventas por correo a domicilio o por muestrario.
- 7) Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato.
- 8) Cualquier otra cláusula o estipulación que impongan cualquier condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefinición o sean contrarias al orden público y a la buena fe.

De la franquicia a los contratos de adhesión

9) Establezcan como domicilio principal para la resolución de la controversia y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o el consumidor o usuario tenga establecida su residencia.

Como podemos ver, las causales de nulidad deben estudiarse con mucha dedicación. En primer lugar, hay que aclarar que la violación de la norma no implica la resolución ni la nulidad del contrato, la sanción castiga la nulidad de la cláusula exclusivamente teniendo el resto del contrato plena validez, pero para mejor interpretar la norma diremos que la norma simplemente dejará de aplicarse y será sustituida por la disposición indicada por esta ley (Ley de Protección al Consumidor y al Usuario). Trataremos de comentar algunas disposiciones:

1) Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.

Este numeral del Art. 87, ha sido muy utilizado y abusado por los proveedores y prestadores de servicios: Bancos, empresas de transportes, seguros, estaciones de servicio, estacionamientos, medios de comunicación social etc. Etc. Por años, han abusado de los consumidores y usuarios con cláusulas penales irrisorias.

2) Impliquen la renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio.

Señala esta disposición que las normas de esta ley son de Orden Público y en consecuencia irrenunciables.

3) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

Esta norma contribuye a evitar fraudes procesales. La inversión de la carga de la prueba, tan común en los contratos de Seguros, se ve aquí limitada..

4) Impongan la utilización obligatoria del arbitraje.

La Obligación del Arbitraje. Esta disposición comenzó a ponerse de moda en los últimos contratos celebrados. Esto trae como consecuencia una gravosa manera de resolver los conflictos y la pérdida del domicilio procesal de los pequeños comerciantes y de los usuarios y consumidores, todos sabemos lo mal concebida que es la ley de arbitraje en Venezuela, y que de practicarse, solamente se hará en Caracas o cuando mas en las grandes capitales.

5) *Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato.*

Otra costumbre propia de los monopolios públicos y privados.

6) *Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato, salvo cuando se conceda esta facultad al consumidor para el caso de ventas por correo a domicilio o por muestrario.*

El abuso de las grandes empresas contra el público consumidor establece esta práctica malsana que ha convertido al comercio en una competencia de pícaros, los contratos de seguros son practicantes de estos usos

7) *Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato.*

Otra norma utilizada sobre todo desde que comenzó la devaluación en Venezuela. Pero soy de los que piensa que esta norma es innecesaria mientras exista control de cambio, ya que si se estableció un precio en dólares o cualquier moneda extranjera y para el obligado se le hace imposible legalmente cumplir la obligación, esta simplemente será nula, ya que se trataría de una obligación suspensiva imposible de cumplir y por lo tanto no exigible (Artículo 1200 del Código Civil)

«Artículo 1200. La condición imposible o contraria a la ley o a las buenas costumbres hace nula la obligación que depende de ella si es suspensiva; y se reputa no escrita si es resolutoria. En todo caso, la condición resolutoria contraria a la Ley o a las buenas costumbres, hace nula la obligación de la cual ha sido causa determinante.»

Messineo (*Doctrina General del Contrato* pág. 501) nos dice que el contrato bajo condiciones imposibles es nulo y diferencia entre las imposibilidades:

a. Legales o jurídicamente imposibles. También son legalmente imposibles cuando en el tiempo en que debía cumplirse el ordenamiento jurídico no lo admite.

b. Naturalmente insusceptible de realización.

8) Cualquier otra cláusula o estipulación que impongan cualquier condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefinición o sean contrarias al orden público y a la buena fe.

Esta es otra norma que deja a la discrecionalidad de la administración su aplicación. Es la nueva tendencia del Legislador venezolano desde la promulgación de la Constitución Bolivariana de Venezuela. Veremos si las autoridades administrativas y jurisdiccionales tienen la suficiente entereza de aplicarla y aplicarla honestamente. Se habla de condiciones injustas o exageradamente gravosas, como por ejemplo el anatocismo

9) Establezcan como domicilio principal para la resolución de la controversia y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o el consumidor o usuario tenga establecida su residencia.

Se establece una norma que controle el abuso del domicilio contractual. He tenido oportunidad de leer contratos de arrendamiento de viviendas ubicadas en Venezuela con domicilio absolutamente disparatados para facilitar la solución sana y de buena fe de los conflictos

Fuero Atrayente. El legislador establece una vez más el fuero atrayente, en este caso se trata de los Códigos Civiles y Comercio.

Artículo 88.- Formarán parte del contrato, en lo que a las cláusulas nulas se refiere, las disposiciones generales de la presente Ley y en forma supletoria las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio; según le sean aplicables.

B. El Anatocismo.

La Enciclopedia Jurídica Omeba (ob.cit.) nos define el anatocismo como *un pacto por el cual se convienen pagar intereses de intereses vencidos y no satisfechos*. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas y Alcalá-Zamora nos dice:

Anatocismo: «La acumulación y reunión de intereses con la suma principal, para formar con aquellos y ésta un capital que, a su vez produzca intereses. El anatocismo, por contrario a la Moral, a las leyes y al orden público, está prohibido. Así en el Código de Justiniano se expresa: *Nulla modo usuariae usararum a debitoribus exigantur*».

En Venezuela están prohibidos los llamados intereses compuestos o moratorios Artículo 530 del Código de Comercio que dice:

«No se deben intereses sobre intereses mientras que hecha la liquidación de éstos, no fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital».

El Legislador español tiene una norma similar en el Artículo 317 del Código de Comercio. Como vemos, los famosos intereses sobre intereses que se cobran en la banca y sobre todo en las hoy súper utilizadas tarjetas de crédito son ilegales e inmorales, lo que nos ha faltado, a los jueces y al Estado a través de la Superintendencia General de Bancos y el Banco Central, es decisión, voluntad, y sobre todo honestidad.

Tal vez sea cierto que esta ley de Protección al Usuario y al Consumidor sea exagerada, pero exagerada ha sido la indefensión. Necesitamos jueces probos, pero con valor. Por lo tanto, no era necesaria la disposición contenida en el artículo 87 N° 8 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario si hubiesemos aplicado la ley como Dios manda.

De la franquicia a los contratos de adhesión

Resumen:

El contrato de franquicia hoy por hoy se ha transformado en la modalidad mercantil más usada por el comercio tanto local como mundial. Sus peculiaridades la llevan a participar de diferentes naturalezas jurídicas, siendo la más relevante, la del contrato. Dicho contrato se aproxima más a la clasificación denominada por doctrina como «contratos de adhesión» donde una de las partes establece las bases y demás cláusulas contractuales.

Palabras claves:

Franquicias Contratos de Adhesión Globalización mercantil Modalidades