

EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL

Licda. Marianela Carvajal Carvajal

INTRODUCCIÓN

Si bien los antecedentes del *franchising* o franquicia comercial encuentran sus orígenes en Estados Unidos de Norteamérica, este novedoso sistema de distribución comercial, trascendió esas fronteras, para llegar a incorporarse en la vida cotidiana de los empresarios en Europa y América Latina.

Si bien no existe un concepto definitivo del término “franquicia”, se ha vinculado con un sistema de comercialización de productos o servicios que permite la extensión a nuevos territorios, cruzando barreras estatales, políticas y fronteras nacionales.

Se trata de la más reciente expresión de distribución de bienes o servicios, pues debe recordarse que anteriormente los empresarios se valieron de varios mecanismos de expansión de mercados como la descentralización, la venta a través de mayoristas y los contratos de distribución, los cuales, no obstante lo anterior, siguen siendo aplicables.¹

En razón de su importancia a nivel mundial, mediante el presente texto se analiza la figura de la franquicia en sí misma -como actividad- y como figura contractual; su naturaleza jurídica y las regulaciones legales aplicables actualmente.

El presente texto se desarrolla en dos partes: I) La primera, dedicada al estudio de la franquicia comercial como actividad, analiza algunas de las definiciones doctrinarias existentes en torno al concepto de franquicia, las diversas clases de franquicia que se han desarrollado, su función económica y, las ventajas y desventajas que representa esta figura para las partes involucradas. II) La segunda parte estudia el contrato de franquicia, específicamente en lo referente a los caracteres, elementos y contenido mínimo indispensable en el contrato de franquicia, los efectos de su terminación y las posibilidades de indemnización.

I. LA FRANQUICIA COMERCIAL

A) CONCEPTO DE FRANQUICIA

“Las primeras manifestaciones del contrato de franquicia se advierten en Estados Unidos, tras la guerra de Secesión, cuando los industriales norteamericanos –para extender su actividad hacia el sur y el oeste del país– recurren a la colaboración de viajantes locales, dispuestos a arriesgar sus modestos capitales en la venta de productos amparados con nombres y marcas de prestigio ya conocido.

En 1892, la Singer Sewing utiliza por primera vez este sistema. Desarrollado por La General Motors, es seguido en forma inmediata por otras empresas hoy célebres, como Hertz, Coca Cola. Pero el hecho que ha dado verdadero auge al franchising fue su adopción por parte de la empresa Mc Donald’s en 1954, como medio para expandir sus sistema de comidas de servicios rápido.”²

De modo que la figura de la franquicia tiene sus raíces en las prácticas comerciales anglosajonas, dando paso a diversas acepciones. Por esa razón, resulta importante proceder a diferenciar entre el denominado “*format franchising*” y el denominado “*business format franchising*”, ya que éste último es una manera dinámica y evolucionada del *format franchising*, y el adoptado por los países europeos y latinoamericanos como modelo para el desarrollo y evolución de la figura de la franquicia comercial.

“Lo que distingue, en esencia, al business format franchising de la franquicia tradicional o franquicia de producto es el hecho de que en esta última especie la relación entre franquiciante y franquiciado se da básicamente, en la siguiente manera: el fabricante o distribuidor, titular de la marca, vende sus productos al comerciante (su revendedor autorizado), el cual simplemente los revende por un precio más alto (...). En cambio en las operaciones denominadas de business format franchising, como ya vimos, el franquiciante enseña al franquiciado las técnicas o métodos que desenvuelve para comercializar sus productos y/o prestar sus servicios y según los cuales el franquiciado deberá desempeñar sus actividades, siempre de acuerdo con las normas e instrucciones y sujeto a la supervisión y continua asistencia del franquiciante.” De modo que, siendo el *business format franchising* el que da pie al desarrollo de la figura en nuestro medio, el presente texto se centrará en el estudio de ésta, la cual se definirá como franquicia comercial indistintamente.

Diversos autores se han dado a la tarea de definir qué es la franquicia, lo que presenta varios inconvenientes, dada la variedad de tipos que actualmente se presentan en el tráfico mercantil. No obstante

lo anterior, en el presente texto se pondrá énfasis en las nociones más frecuentes y los tipos más comunes que se desarrollan a nivel internacional.

Por lo pronto, es importante partir de la idea de que para conocer este instituto, se debe percibir la franquicia como una actividad empresarial y, como una figura contractual. Es decir, la franquicia es un mecanismo novedoso de distribución de bienes o servicios, expresión de la necesidad de los comerciantes de crear figuras que sirvan a sus necesidades dentro del mercado. Como la mayoría de las creaciones mercantiles, la franquicia adquiere forma jurídica, el ser formalizada a través de contratos convenidos entre las partes, con características propias que requieren de una regulación legal particular.

El intento de definir la figura de la franquicia hecho por la doctrina, parece enlazar las dos acepciones indicadas dentro de un contexto contractual, pues los autores que se citarán, estudiosos en general de la disciplina del derecho, se interesan más por el funcionamiento contractual de la figura.

Marzorati indica que *"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 un estricto control y asistencia técnica en forma continua."*³

Por su parte, Jorge Romero lo describe como un *"contrato por el cual se concede una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta. El franchisor (franquiciante, otorgante) da licencia a un comerciante (franchisee, franquiciado, tomador) para que venda productos o servicios de su titularidad. El franchisee paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre las ventas."*⁴

Bernal Fuentes indica que *"la franquicia aparece como un convenio entre un productor mayorista – Franquiciador– y un distribuidor –Franquiciado–, en virtud del cual el primero transmite a este último sus productos o servicios; así como un conjunto relativo a bienes de propiedad industrial –licencias de patente, marcas y demás signos distintivos, know how– asegurando la asistencia y la prestación de servicios necesaria para llevar a cabo la explotación de su empresa... como contraprestación, el franquiciado asume toda una serie de obligaciones correlativas, ente las que destaca el pago a aquél de una suma fija al inicio del contrato –derecho de entrada o entry free– y/ o canones periódicos sobre la cifra de negocios durante la vida del mismo..."*⁵

De las definiciones estudiadas, se desprenden una serie de caracteres definitorios de la figura de la franquicia, que son: a. El interés de expansión de una empresa a más territorios a través de terceros, b. La independencia jurídica y financiera de las partes, b. La cooperación entre franquiciante y franquiciado, c. La permanencia de la relación, y, d. El formato de contrato que en la mayoría de los casos constituye un contrato de adhesión.⁶

B) CLASES DE FRANQUICIAS

En razón de la autonomía de la voluntad que impera en la creación de contratos de variada naturaleza, ha surgido una tipología muy numerosa de franquicias. De manera que para efectos del presente texto, únicamente se indicarán las formas más usuales dentro del tráfico mercantil, que han servido como base para trazar el marco genérico dentro del cual se incluye la franquicia.

Chevin de Kats⁷ las califica A) Conforme a su objeto en franquicia industrial, de distribución y franquicia comercial (de bienes o servicios), B) Conforme a la dimensión de los negocios franquiciados en global o parcial y C) Otras formas como la asociativa, la multifranquicia y la plurifranquicia.

Bernal Fuentes indica que existen otras clasificaciones que son: A) según criterio de clasificación en los siguientes: 1. atendiendo al aprovisionamiento exclusivo a favor del franchisor, 2. atendiendo a la exclusividad territorial del franchises, 3. atendiendo a la estrategia de apertura de mercado; y B) según criterios doctrinarios en: 1. franchising de codirección y 2. franchising de locación.⁸

Romero⁹ clasifica las franquicias A) Según el sector de la actividad en franquicia de producción, de distribución, industrial y de servicios, B) Según el nivel de integración en la red en franquicia asociativa, financiera, activa, integrada, semintegrada, vertical y horizontal, y, C) Según la reforma específica en multifranquicia, plurifranquicia, franquicia parcial o corner, franquicia principal o máster y franquicia shop- in the shop.

El Reglamento 4087/88 de la Comunidad Económica Europea, distingue varias clases de franquicias de conformidad con el objeto que son industrial, de distribución y de servicios, pero ha excluido la franquicia

industrial, aduciendo relaciones horizontales y licencias de producción, características distintas de aquellas de la franquicia.

En realidad los autores ofrecen distintas clasificaciones que llegan a ser equivalentes, pero con diferentes denominaciones. Es por eso, que se definen aquí solo las siguientes:

La franquicia de producción es aquella en la cual el franquiciante autoriza al franquiciado para que conforme a sus indicaciones, fabrique el correspondiente producto, proporcionándole la asistencia técnica, la marca y en algunos casos los materiales utilizados.¹⁰

La franquicia de distribución es aquella en la cual el franquiciante, quien puede ser o no, el productor de los bienes, los coloca en el mercado para ser distribuidos a través de su franquiciado.

La franquicia industrial es aquella en la cual el franquiciante es titular de una marca, procedimientos de fabricación o fórmulas secretas y cede al franquiciado dichos elementos para el desarrollo del negocio en una zona determinada.

La franquicia de servicios es aquella en la cual el objeto de la franquicia no es un producto, sino un servicio o conjunto de servicios, o métodos de ejecución de servicios.

La plurifranquicia es aquella en la cual el franquiciado adquiere varias franquicias de distinta naturaleza y que no compiten entre sí.

La multifranquicia es aquella en la cual el franquiciado adquiere varias franquicias del mismo franquiciador.

La franquicia corner o parcial es aquella que se desarrolla dentro de otro establecimiento comercial. Se diferencia de la denominada franquicia shop in- the shop en que la primera pone énfasis en el espacio que se utiliza para desarrollar la franquicia, mientras en el segundo caso, en el cual se vende un producto o servicio dentro de otro establecimiento comercial, se hace énfasis en el bien o servicio brindado.

Gallego Sánchez adiciona a la lista anterior una clasificación utilizada en torno a la exclusividad: la exclusiva de aprovisionamiento y la exclusiva territorial a favor del franquiciado. Dentro de la primera clasificación se incluyen la franquicia propia e impropia, según el franquiciado pueda o no vender otros productos que no sean los fabricados o proporcionados por el franquiciante. En cuanto a la exclusiva territorial, ésta puede ser operativa o territorial, siendo en el primer caso que el franquiciado no puede establecer subfranquicias, pero en el segundo caso, sí está facultado para hacerlo.¹¹

C) FUNCIÓN ECONÓMICA

Las redes franquiciadas adquieren gran relevancia en el ámbito económico de los participantes y de los países en los cuales se ubican, por las razones que se indican a continuación:

1. *El titular de una marca o nombre comercial conocido de prestación de bienes o servicios llega al público consumidor a través de una serie de establecimientos comerciales, que colaboran en la expansión de la producción o distribución de esos bienes o servicios. El franquiciante debe entonces, otorgar al franquiciado todas las instrucciones técnicas necesarias para que éste sea capaz de operar establecimientos de la red de franquicia. Por su parte, el franquiciado, colabora con estas funciones, al adquirir del franquiciante las estrategias de penetración en el mercado y la experiencia que ha obtenido a través de su desarrollo.¹² Es decir, que la franquicia origina subordinación económica de los franquiciados respecto a la organización del franquiciante.*

2. *Esta figura permite la existencia de redes que permiten la concentración empresarial de manera vertical.*

3. *El franquiciante no se ve obligado a realizar una inversión para una filial, toda vez que para su expansión aprovecha la actividad de los franquiciados.*

4. *Esta figura es una solución que permite mantener las pequeñas y medianas empresas, evitando su sustitución por filiales o sucursales.*

5. *Este método permite la revalorización de la marca de distribución –u otros derechos de propiedad intelectual según sea el caso–, al encontrarse presente en diversas zonas geográficas.*

6. *Se eleva la calidad de los bienes y los servicios, todo lo cual redundará en un beneficio para los consumidores.¹³*

7. *Constituye un mecanismo de creación de empleos, especialmente en países donde escasea la inversión y las empresas no se expanden.¹⁴*

Este sistema o red de distribución ha evolucionado notablemente en Estados Unidos, Alemania, Francia, el Reino Unido, España y Bélgica, lo cual se expresa a través de los estudios sobre el número de pequeñas empresas adheridas a este sistema y el aumento desmedido en sus ingresos. Asimismo, las estadísticas publicadas por entidades gubernamentales en estos países han indicado que el éxito de las pequeñas empresas que participan de una franquicia es mucho mayor al obtenido por las empresas independientes, cuya duración de vida es corta.¹⁵

Mediante el Reglamento de la Comunidad Económica Europea, relativo a acuerdos de franquicia N° 4087/88, apartados 7 y 8, se reconoce la importancia económica de esta figura al indicar que "... mejorar la distribución de productos y/o la prestación de servicios, puesto que dan a los franquiciados la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que puede favorecer la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de pequeñas y medianas empresas, aumentando así la competencia entre marcas. También permiten que los comerciantes independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda de franquiciante. Por tanto, pueden competir de forma más eficaz con grandes empresas de distribución... El carácter homogéneo de la red y la cooperación permanente entre el franquiciante y los franquiciados aseguran una calidad constante de los productos y servicios. El efecto favorable de la franquicia sobre la competencia entre marcas y el hecho de que los consumidores sean libres para tratar con cualquier franquiciado de la red garantizan que una parte de los beneficios resultantes sean transmitidos a los consumidores." ¹⁶

El auge de la figura se da en toda sociedad en la cual la competencia, el deseo de adquirir un negocio propio y el éxito son bien acogidos

D) VENTAJAS Y DESVENTAJAS PARA LAS PARTES

Basándonos en lo indicado por la doctrina, se hace la siguiente enumeración de ventajas y desventajas que representa la franquicia para las partes.

VENTAJAS PARA EL FRANQUICIANTE

1. Asegura la mayor expansión de su negocio en distintas zonas geográficas sin tener que incurrir en gastos significativos de su parte.
2. Controla la distribución de los bienes o servicios.
3. Obtiene fuentes de ingreso a través del canon de entrada y de los royalties, las cuales se cancelan de manera mensual en la mayor parte de los casos.
4. Mantiene una Imagen comercial homogénea.
5. No mantiene una relación laboral con el franquiciado y con los empleados del franquiciado, pues franquiciante y franquiciado son personas independientes.
6. Se vale del esfuerzo de empresarios motivados que adquieren la franquicia.

DESVENTAJAS PARA EL FRANQUICIANTE

1. Si bien debe controlar las actividades del franquiciado, esta facultad puede ser dificultada por las distancias geográficas o por presentarse conflictos con el franquiciado.
2. Posibilidad de que un establecimiento perteneciente a un franquiciado no obtenga la rentabilidad esperada.
3. La independencia jurídica y económica de franquiciante y franquiciado resulta en una relación de colaboración y no jerárquica, por lo cual existe una cierta autonomía en la manera de actuar.
4. Corre con el riesgo de que el franquiciado sea un futuro competidor.
5. La mala gestión por parte del franquiciado influye en el éxito o fracaso de la franquicia.

VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO

1. Se vale del uso de una marca conocida y exitosa en el mercado, lo que disminuye el riesgo de iniciar un negocio.
2. Transmisión del Know How del franquiciante a su favor.
3. No debe hacer inversión en investigación de mercados o técnicas.
4. Cuenta con la asistencia y el soporte técnico del franquiciante.
5. Se vale de la publicidad y el mercadeo que realice el franquiciante.

DESVENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO

1. Pérdida de autonomía al deber someterse a las instrucciones y controles continuos por parte del franquiciante.
2. Debe repartir sus beneficios con el franquiciante, pues debe cancelarle no solo un monto por adquirir la franquicia, sino también un monto correspondiente a una porción predeterminada de sus ingresos.
3. Debe asimismo, cancelar un monto por el uso de signos distintivos.
4. Debe pagar la publicidad.
5. El bajo rendimiento de otros establecimientos influye en su reputación.
6. Cualquier cesión o transmisión está limitada a la aceptación del franquiciante.
7. Cuenta con un mínimo de compras preestablecido.
8. Puede ser sujeto de una actitud engañosa por parte del franquiciante, quien explota su falta de experiencia a través de cánones onerosos e injustificados, aprovisionamientos imperativos o precios abusivos.
9. Podría ver su actuación limitada ante amenazas de no renovación o resolución del contrato.¹⁷

II. EL CONTRATO DE FRANQUICIA

A) CARACTERES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Al referirse a la naturaleza jurídica del contrato de franquicia los autores se han inclinado por encuadrar este contrato en figuras ya conocidas, como el contrato de suministro, el contrato de concesión, la distribución o el contrato de adhesión.¹⁸

Chevis de Katz al referirse a la naturaleza jurídica del contrato de franquicia indica que "es un contrato atípico, innominado, estandarizado, con cláusulas predispuestas para el franquiciado en consonancia con el carácter de contratación en masa."¹⁹

Flores Bedoya expresa que "es un contrato consensual, bilateral, oneroso y de ejecución continuada, cuya esencia es la colaboración empresarial con el fin de reproducir un negocio exitoso en las manos de un comerciante diferente de su titular pero con la asesoría permanente de éste durante la vigencia del contrato."²⁰

De manera que, los autores coinciden en que las características del contrato de franquicia son las siguientes²¹:

1. Es consensual, autónomo, bilateral, oneroso y principal.
2. Es de cooperación: es decir, el franquiciado requiere de la colaboración constante del franquiciante para funcionar. Esta característica lo distingue del contrato de distribución.
3. Independencia de las partes: cada participante en la franquicia cuenta con independencia jurídica y financiera.
4. Intuitu personae: la calidad de las personas que adquieran la franquicia se constituye en garantía de la rentabilidad de la empresa.

5. *Es uniforme: normalmente son contratos uniformes, cuyo contenido es constante.*
6. *Autonomía: no existe dependencia laboral entre franquiciante y franquiciado.*
7. *Es de adhesión: generalmente la parte débil en este tipo de contrataciones es el franquiciado, quien debe aceptar las cláusulas impuestas por el franquiciante.*

B) ELEMENTOS PRINCIPALES

Coincide la doctrina respecto de cuáles son los elementos esenciales del contrato de franquicia. A continuación se enumeran dichos elementos:

1. *Debe existir una persona que ostente la titularidad sobre una marca, idea o proceso secreto o elemento especializado.*
2. *Se otorga un derecho o licencia para operar un negocio.*
3. *Se da la transmisión del know how o savoir faire, que comprende la transferencia de conocimientos comerciales, administrativos, financieros, de gestión empresarial u otros, por parte del franquiciante a favor del franquiciado.*
4. *El franquiciante ejerce un control y vigilancia permanente sobre las operaciones que ejecuta el franquiciado.*
5. *Corresponde al franquiciante facilitar bajo su costo capacitación suficiente a favor del franquiciado.*
6. *El franquiciado debe cancelar a favor del franquiciante un canon mensual con base en las ventas realizadas.*
7. *Mediante un manual operativo se reglamentan aspectos referentes a calidad y cualidad del producto o servicio, aspectos de mercadeo y publicidad, financiero contables y procedimentales.*

Mediante resolución N° 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos del Comal SA vr Derivados del Maíz Alimenticios SA, DEMASA, se establecen los elementos esenciales en un contrato de franquicia, que se resumen en los siguientes: "a. Exclusividad territorial; b. Posibilidad de subfranquicias; c. Duración del contrato; d. Mínimo de ventas que deberá seguir el franquiciado; e. Fijación del precio de los productos que suministrará el franquiciante al franquiciado cuando exista obligación de suministrar; f. derechos que concede el franquiciante al franquiciado: licencia de marca, prestaciones de know how suministro de productos, instrucciones técnicas, sistema de comercialización y, en su caso, asistencia técnica; g. Autorización al franquiciado y a la vez obligación de éste para el uso del nombre, emblemas, colores, etc; h. Pagos del franquiciado al franquiciante, según el tipo de franquicia; i. El franquiciante proporciona manuales que detallan sistemas y procedimientos de operación y proporciona especificaciones sobre: relación con terceros, publicidad y promoción, diseño y construcción del local, muebles, útiles y enseres; equipamiento en general: controles contables sobre la actuación del personal, el pago de impuestos, lista de productos y precios; relaciones con el personal dependiente; contratación y pago de seguros; entrenamiento para el franchisee y su personal, etc.; j. El contrato puede prever (sic) el desarrollo de una campaña nacional, regional o local de publicidad y promoción; k. El franchisor puede suministrar productos o servicios, o ambos, al franchisee; l. Generalmente el franquiciante limita la elección del lugar para ubicar el establecimiento, pues se procura una zona adecuada para la mayor y mejor venta del producto y m. Es prudente que se prevean las condiciones para la renovación o extinción del contrato y sus causales."

A) CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. *Identidad de las partes.*
2. *Motivaciones y finalidades del contrato.*
3. *Objeto del contrato.*
4. *Derechos del franquiciante.*
5. *Derechos del franquiciado.*
6. *Productos o servicios que serán suministrados por el franquiciante.*
7. *Obligaciones del franquiciante.*

8. *Obligaciones del franquiciado.*
9. *Disposiciones relacionadas con el uso de signos distintivos, publicidad y mercadeo.*
10. *Disposiciones relativas al método operativo mediante un manual de operación.*
11. *Condiciones de pago.*
12. *Duración del contrato.*
13. *Disposiciones de entrega de la franquicia en caso de terminación del contrato.*
14. *Formas de terminación del contrato.*
15. *Cesión de derechos antes de terminación del contrato.*
16. *La Ley aplicable, especialmente en casos de franquicias internacionales.*

III. SOBRE EL CONTENIDO PRINCIPAL DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

A) SOBRE EL OBJETO

El objeto de toda franquicia lo constituye la transmisión del "Know How", "saber hacer" o "savoir faire" de los franceses. Se da la transferencia de conocimientos técnicos, es decir, conocimientos secretos y confidenciales, normalmente no patentados, que ya han sido probados y cuya experiencia ha sido exitosa, y que deben estar en constante actualización de modo que se adapten a las condiciones del mercado. Deben asimismo, ser esenciales para la venta de mercadería o la oferta de servicios de manera efectiva, transmisible, reproducible, y, debe servir para mejorar la posición de la empresa dentro del mercado.

FARINA, al definir el contrato de franquicia, hace énfasis en lo indicado al expresar que el contrato de franquicia es un contrato "por el cual una parte se obliga a suministrar a la otra la información, y asesorarla para la aplicación de conocimientos tecnológicos necesarios (fórmulas, pericia, especial habilidad técnica, etc), para obtener un producto o servicio logrado como fruto de un proceso de estudio, investigación y experiencia."²²

En el caso de franquicia de servicios, debe adicionarse que se transmiten conocimientos relacionados con suministro de servicios, mecanismos de trato a los clientes y gerencia administrativa y financiera.

Se trata de la transmisión de un "sistema de conocimientos empíricos que no pueden presentarse en forma aislada con precisión, pero su utilización conjunta procura al que los aplica la posibilidad de obtener un resultado que, sin ellos, no hubiera logrado".²³

De modo que esta transferencia de "Know How" otorga la atribución de uso de dicha información a favor de su beneficiario, quien tiene la responsabilidad de no transmitirla a terceros.

B) SOBRE LA LICENCIA DE USO DE DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Para que opere un negocio de franquicia, el franquiciante debe ser titular de una marca, patente, modelo o diseño industrial conocida, cuyo uso debe ser autorizado a favor del franquiciado.

El contrato de licencia es un contrato que comúnmente se utiliza en autorizaciones de uso de derechos de propiedad intelectual. Farina indica que es un contrato mediante el cual "el titular de una patente de invención autoriza a la otra parte a usar o explotar industrialmente la invención sin transferirle la titularidad.

*En la licencia el licenciante (titular de la patente) sólo concede al licenciado (o licenciataria) su uso. No es esencial que tal uso se conceda con exclusividad."*²⁴

Es necesario que se diferencie entre el "Know How" y la licencia de uso, pues en la primera el objeto es la transmisión de información sobre fórmulas y procedimientos, mientras que la licencia solo otorga autorización a una parte que no es titular de uso de un derecho de propiedad industrial o de una patente, diseño o modelo.

C) SOBRE LA ASISTENCIA TÉCNICA

La asistencia técnica debe ser permanente, y debe quedar plasmada contractualmente. Esta es una de las características principales que distinguen la franquicia con otro tipo de contratos.

D) SOBRE EL PAGO DEL PRECIO

El franquiciante cobra un importe o derecho de entrada a la cadena, el cual no es reembolsable. El otro pago al cual debe enfrentarse el franquiciado es una regalía o canon que se calcula sobre una base de valor referencial como las ventas.

E) SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES

De relevancia son las obligaciones que cada parte asume al celebrar el contrato de franquicia, porque estas, junto con los beneficios que obtienen los participantes, son en el fondo, las que identifican o caracterizan este tipo de figura contractual.

El franquiciante debe:

- 1. Autorizar el uso de una marca o derecho de propiedad intelectual exitoso.*
- 2. Proporcionar un sistema operativo de funcionamiento de la empresa, lo que normalmente se hace a través del manual de operación de la empresa.*
- 3. Garantizar la solución de cualquier problema referente a la comercialización de los productos y al uso de signos distintivos.*
- 4. Realizar las inversiones necesarias para mantener el "know how" de la empresa en condiciones óptimas y actualizadas para que mantenga su posición y reputación en el mercado.*
- 5. Mantener una política de precios que aseguren la entrada y continuidad del franquiciado en el mercado, así como capacidad de pago de las regalías.*
- 6. Indemnizar al franquiciado en caso de que reciba quejas imputables al franquiciante.*
- 7. Financiar o hacerse cargo de las actividades de publicidad y mercadeo, no obstante, en ocasiones son responsabilidad del franquiciado.*
- 8. En muchos casos, facilitar sistemas computados de mantenimiento y seguimiento de prácticas contables o de comercialización.*
- 9. Respetar la exclusividad otorgada y velar porque se cumpla sin intromisiones de terceros.*

El franquiciado debe:

- 1. Correr con el riesgo de la empresa, toda vez que es quien realiza la inversión para poner en funcionamiento la empresa.*
- 2. Adquirir el inmueble y los equipos necesarios para operar.*
- 3. Aprovisionar una cantidad de productos mínima, que deberá mantener durante el plazo del contrato y que normalmente se encontrará preestablecida de manera contractual.*
- 4. Pagar una suma fija por adquirir la franquicia, una regalía mensual que se calcula con base en sus ingresos, y, un derecho de uso de los signos distintivos.*
- 5. Actuar dentro de los límites territoriales concedidos.*
- 6. Estar sujeto al control y fiscalización por parte del franquiciante.*
- 7. Respetar las instrucciones sobre producción, comercialización y administración, así como estándares de calidad, imagen o precio indicados por el franquiciante.*

F) MANUAL OPERATIVO

El contenido del manual comprende al menos los siguientes aspectos:

- Políticas generales sobre administración, recursos humanos y seguridad.

- Procedimientos de operación y control, que incluye instrucciones sobre ventas, caja y bancos, manejo contable, compras, inventarios, planillas y procedimientos de respaldo de la información.²⁵

G) SOBRE LA EXCLUSIVIDAD

Hay tres tipos de exclusividad:²⁶

1. *Territorial: en una zona geográfica determinada.*
2. *De distribución: el franquiciante se obliga a no vender directamente o a través de terceros en el territorio exclusivo.*
3. *De aprovisionamiento: el franquiciado solo puede comprarle al franquiciador.*

H) SOBRE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LAS PARTES Y FRENTE A TERCEROS

Del contrato de franquicia se desprenden dos tipos de responsabilidad, la primera entre las partes, y la segunda, frente a terceros.

La responsabilidad entre las partes es contractual, por lo cual dicha relación se regula mediante las normas de responsabilidad contractual contenidas en las disposiciones civiles vigentes.

En lo que concierne a la responsabilidad frente a terceros, lo interesante es dilucidar si en caso de daños a terceros, esa responsabilidad es aplicable al franquiciante y no solo al franquiciado.

Queda claro, que el franquiciado actúa por nombre propio y por cuenta propia, por lo cual entre éste y los consumidores de sus bienes o servicios, existe una relación contractual regulada a través de las disposiciones civiles correspondientes.

No obstante, surge la duda sobre la responsabilidad del franquiciante en determinados casos, toda vez que el franquiciado actúa bajo los distintivos y las instrucciones del franquiciante; y, los consumidores, en muchas ocasiones acuden al franquiciado por el respaldo y el prestigio que ofrece el franquiciante.

La doctrina no es unánime sobre la responsabilidad del franquiciante por daños causados a terceros por bienes o servicios ofrecidos por el franquiciado. Una parte coincide en el hecho de que existe responsabilidad del franquiciante únicamente en caso de que existan vicios o defectos en la cosa ofrecida al público, especialmente cuando éste es el fabricante de dicho bien. Otro sector "considera viable la extensión de la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, en razón de que aquel desenvuelve su actividad bajo marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste."²⁷

El derecho de protección al consumidor, podría significar una herramienta para establecer responsabilidad por parte del franquiciante en determinados casos.

Previendo lo anterior, la Comunidad Económica Europea, Reglamento 4087/88 expresa que "para informar mejor a los consumidores, es preciso prever que los franquiciados indiquen su calidad de empresa independiente por cualquier medio apropiado que no ponga en peligro la identidad común de la red de distribución franquiciada."²⁸

H) SOBRE LA COMPETENCIA

En este sentido, deben comprenderse dos situaciones: a. En relación con la necesidad de que todo contrato de franquicia incluya una cláusula de no competencia, y b. en relación con la aplicación de leyes antimonopólicas y protección al consumidor a escala mundial.

En cuanto al primer punto, debe indicarse que una cláusula de no competencia, es un indicativo de la lealtad y la fidelidad de los franquiciados hacia los franquiciantes.

En cuanto al segundo aspecto mencionado, debe indicarse que la reciente legislación antimonopólica y defensa de la competencia desleal influyen en el establecimiento de franquicias, concretamente en casos en que el franquiciante impone precios o hay una distribución territorial entre franquiciante o franquiciado para la oferta de un determinado bien o servicio. Por eso, es necesario estudiar las legislaciones aplicables en cada país en que se encuentren sus participantes.

Asimismo, la libertad de mercado y la lucha contra la competencia desleal constituyen un mecanismo de protección de los intereses de los consumidores, toda vez que el propósito de éstas es que los consumidores

puedan adquirir sus bienes y servicios en las condiciones más favorables. De modo que, el derecho a la libre competencia y a la concurrencia en los mercados tiene limitaciones, "prohibiendo o sancionando conductas empresarias que influyan en la oferta y la demanda, con el objeto de asegurar la transparencia del mercado para que le consumidor pague el precio equitativo y razonable y, en general, se asegure la libre elección porque se considera que la posibilidad de contar con mayor diversidad de productos para optar es una ventaja para el consumidor."²⁹

IV. SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y LAS INDEMNIZACIONES

A. SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

De gran interés son los aspectos relacionados con la terminación del contrato. "La ruptura en período contractual, o la no renovación a la llegada del término, toman un cariz claramente peligroso para el franquiciado, respecto del cual la pertenencia al sistema constituye presupuesto esencial en orden al mantenimiento de su empresa. La terminación del convenio le impedirá amortizar las inversiones que, en la mayoría de los casos, le han sido impuestas en sede contractual; al mismo tiempo, y ya que se verá privado de los signos distintivos del franquiciador, le será prácticamente imposible dar salida al stock invencido, máxime si se tiene en cuenta que la clientela que él ha incrementado, si no creado, quedará, normalmente, vinculada al producto y a la marca del franquiciador más que a su propio establecimiento comercial."³⁰

La terminación contractual se da por dos causas: vencimiento del plazo del contrato o terminación anticipada.

En el primer caso, es evidente que el cumplimiento riguroso del plazo podría causar inconvenientes al franquiciado, quien podría recibir incluso, de manera verbal, promesas de prórroga que no se cumplieron, o quien, por haber sido franquiciado durante muchos años, supone seguirá siéndolo. En este supuesto no tendría posibilidad de amortizar sus inversiones. Por eso, algunos expertos abogan por un plazo legal de preaviso que indique que el contrato no será prorrogable. "Ocurre así, en efecto, en Bélgica, donde tras la modificación operada por la Ley de 13 de abril de 1971 al texto precedente de 1961, queda plasmada la necesidad de un plazo de preaviso, no inferior a tres meses ni superior a seis. A falta de éste, se produce la renovación automática del contrato, por la duración prevista en el mismo o, en su defecto, a tiempo indeterminado."³¹

Igualmente se discute sobre si es necesario que haya justa causa para no prorrogar el contrato, o si, en ausencia de ésta, el franquiciante debe actuar conforme al principio de buena fé en atención de las inversiones y el esfuerzo efectuado por el franquiciado. Sobre el particular solo se encuentra mención en la práctica judicial francesa que indica que se considera pactado con duración indeterminada todo contrato que no contenga duración, y, reconoce la prórroga automática cuando no se respeta el plazo de preaviso.³²

En cuanto a la terminación anticipada, debe acudir a las legislaciones de cada país, los cuales generalmente incorporan la necesidad de una causa justa como condición de extinción anticipada del contrato. El elemento que varía de legislación en legislación remite a esa justa causa, que debe ser en algunos casos, genérica por incumplimiento, grave o reiterada.

En cuanto a los casos de resolución unilateral del contrato, la doctrina coincide en que debe acudir a las nociones de abuso del derecho y buena fé, toda vez que una resolución anticipada sin causa justa, constituye una violación a esos principios rectores de los contratos.

En Costa Rica no se cuenta con legislación que regule la franquicia. A raíz de esa situación, en el ámbito nacional han surgido dos posiciones doctrinarias, la de aquellos que indican que debe acudir a la teoría general del contrato y, la de quienes sostienen que debe aplicarse la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, N°6209, especialmente en cuanto a las disposiciones sobre indemnización.³³

Quiénes consideran que debe aplicarse la teoría general del contrato:

La causa normal de terminación del contrato de franquicia es por vencimiento del plazo. Normalmente los contratos de esta naturaleza contienen una cláusula que posibilita la prórroga al momento de su terminación.

No obstante, existen situaciones de terminación contractual por causas anormales, que se indican a continuación:

- *El mutuo acuerdo entre las partes, según ellas pacten en ese momento, o mediante el pago de una indemnización o un preaviso determinado.*

- *La muerte o incapacidad del franquiciado, ya que el contrato de franquicia es un contrato “intuitu personae”, independientemente de si se trata de una persona física o jurídica. En este caso, se deben cumplir las normas civiles aplicables.*
- *La muerte o la incapacidad del franquiciante en caso de que sea una persona física, en cuyo caso aplican las normas civiles vigentes.*
- *La quiebra de cualquiera de las partes ya que se ven en imposibilidad de continuar con las prestaciones contraídas.*³⁴

También puede darse el caso de resolución por incumplimiento. Ante esa situación, la contraparte puede optar por el cumplimiento forzoso o por la resolución contractual y el pago de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Quienes consideran que debe aplicarse la Ley N° 6209:

Las causas de terminación, para quienes siguen la teoría de la aplicación de la Ley N° 6209 son las indicadas en los artículos 4 y 5 de ese texto legal.

B. SOBRE LA INDEMNIZACIÓN

Al hacer referencia a las compensaciones monetarias debidas a la parte que sufre la terminación del contrato de franquicia, debe hacerse referencia a los eventuales daños y perjuicios, y, a indemnizaciones complementarias entre las cuales se comprende el stock, la clientela, las inversiones y los derechos de los trabajadores.³⁵

En cuanto al stock, es notorio que el almacenamiento de bienes por parte del franquiciado otorga ventajas para éste, quien puede suplir a la clientela de lo demandado lo más pronto posible, y, al franquiciante, que se ahorra el costo de almacenaje. Pero terminado el contrato, se presentan problemas para el franquiciado, quien de manera inmediata debe dejar de utilizar los signos distintivos del franquiciante, y por ende, se enfrenta a la imposibilidad de vender el stock sobrante. Es por ese motivo, que la doctrina y la legislación, en especial la francesa, se inclinan en establecer una obligación de recompra por parte del franquiciado, o al menos, otorgar al franquiciado las condiciones necesarias para que se desprenda de esos bienes.

El tema de la indemnización por la clientela, depende de la teoría que se apoye, es decir, si se considera que el “titular” de ésta es el franquiciante o el franquiciado. Quienes consideran que corresponde al franquiciante la clientela, indican que los clientes acuden al franquiciado en busca de una marca de la cual ellos son titulares, y por ende, no cabe indemnización terminado el contrato. Quienes abogan por la segunda tesis, indican que la clientela pertenece al franquiciado como comerciante independiente que la ha adquirido como resultado de su gestión, y por ende, merecen una indemnización toda vez que el cierre de su negocio los hará perder esa clientela.

En el caso de las inversiones, el franquiciado, que es una persona independiente y titular de éstas, se somete a ellas por imposición del franquiciante. Es doctrina generalizada que en casos de resolución unilateral por parte del franquiciante del contrato de franquicia, se establezca una compensación por los gastos efectuados y no amortizados.

Otro de los dificultades a los cuales se enfrenta el franquiciado en caso de terminación del contrato es a dar por finalizados los contratos laborales. La doctrina y la jurisprudencia hacen mención omisa a este problema. No obstante, se plantean dos opciones que son: establecer la obligación por parte del franquiciante de hacer frente a esas obligaciones, o que, el nuevo franquiciado de continuidad a esas relaciones laborales.

En Costa Rica, se siguen las mismas consideraciones indicadas para el caso de terminación contractual, dos posiciones doctrinarias, la de aquellos que indican que debe acudirse a la teoría general del contrato y, la de quienes sostienen que debe aplicarse la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, N°6209.

Quienes consideran que debe aplicarse la teoría general del contrato:

No siempre que se de incumplimiento subsiste la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Para ello debe analizarse el incumplimiento objetivo, el daño actual y razonable, la culpa y/o dolo en la acción del incumpliente, la relación de causalidad entre incumplimiento y daño, y, quién es la parte incumpliente, si el franquiciante o el franquiciado.³⁶

Quienes consideran que debe aplicarse la Ley N° 6209:

Sobre el stock, cabe indicar que hay varias posturas, indicando las más importantes dos posibilidades: que el franquiciante adquiera el stock sobrante, o que se le permita al franquiciado seguir haciendo uso de los

derechos de propiedad intelectual correspondientes únicamente para que venda su stock, sin que haya consenso aún³⁷. Quienes abogan por la aplicación de la Ley N°6209 indican que deben aplicarse los artículos 2 y 3 de dicho cuerpo normativo.

En lo referente a las indemnizaciones de los empleados del franquiciado, no existe tampoco consenso. No obstante, en virtud de que el franquiciado es una empresa independiente y con un patrimonio propio, se tiende a pensar que éste debe asumir las cargas correspondientes al pago de indemnización a los trabajadores, salvo en casos de terminación o ruptura abusiva por parte del franquiciante.

Sobre la indemnización por las inversiones hechas por el franquiciado, la doctrina indica que es necesario determinar si durante el tiempo de funcionamiento, el franquiciado pudo recuperar su inversión o no. Quienes indican que es aplicable la Ley N° 6209 al contrato de franquicia, indican que este aspecto se encuentra regulado en el artículo 2 del Reglamento a dicha ley.

Por último, se discute sobre la indemnización por la clientela lograda por el franquiciado. Sobre este particular, hay posiciones encontradas. Así, un sector de la doctrina considera que la clientela debe verse como un activo de gran valor, y por ende, es indemnizable. Otro sector doctrinario sostiene que la clientela no es indemnizable ya que ha sido obtenida gracias a la colaboración del franquiciante.

Criterio de la jurisprudencia nacional

En la resolución sobre un caso en la cual se da una variación unilateral por parte de la franquiciante de las condiciones del contrato de franquicia, el tribunal indicó que *"con su conducta, la franquiciante varió las condiciones del contrato, incumpliendo de ese modo parte de las obligaciones que había adquirido, contraviniendo de este modo lo preceptuado por el artículo 1023 del Código Civil. Dicho incumplimiento grave autoriza la resolución del contrato con responsabilidad a cargo de la accionada, a la luz de lo establecido en el artículo 692 del Código citado, con indemnización de daños y perjuicios según lo autorizan los numerales 702 y 704 idem."*³⁸

Con la anterior indicación jurisprudencial, queda clara la posición de los tribunales nacionales, quienes indican que la legislación aplicable a este tipo de contrato es la legislación comercial y civil en cuanto corresponda, pero no, la Ley de Representantes de Casas Extranjeras, es más, en dicha resolución se hace indicación de la diferencia entre ambas figuras.

CONCLUSIONES

El contrato de franquicia constituye una estrategia de comercialización de bienes y servicios, que otorga importantes oportunidades de crecimiento a las empresas pequeñas y medianas, y, una opción interesante de expansión en el mercado, incluso en el ámbito internacional.

Definitivamente es un contrato atípico, consensual, intuitu personae, donde impera la autonomía de la voluntad, y, en muchas ocasiones, caracterizado por ser un contrato de adhesión.

La falta de regulación legal sobre el tema, en el ámbito internacional y nacional, dejan un vacío que urge ser resuelto. Francia y la Comunidad Económica Europea, son las únicas instituciones que ha regulado jurisprudencial y normativamente este contrato. Estados Unidos, por su parte, sí cuenta con disposiciones relativas a este convenio, pero el sistema legal anglosajón presenta notables diferencias respecto del sistema legal romano. Costa Rica muestra apenas, escasos pronunciamientos en esta materia.

No obstante, la frecuencia con la cual se utiliza esta figura, crea la necesidad de ser regulada por los sistemas legales de los países a nivel mundial. De manera, que mientras no existan normas particulares aplicables a la franquicia y a la relación contractual que de ella emana, los operadores del derecho debemos remitirnos a la teoría general del contrato aplicable en cada uno de los países en los cuales se use este instituto, y, nunca confundirla con otros contratos preexistentes, criterio adoptado por nuestros tribunales de justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, y en razón de la naturaleza del contrato de franquicia, no debe perderse de vista que en esta figura confluyen una serie de ramas del derecho tales como a) el derecho laboral, en cuanto atañe a las relaciones de los trabajadores con las empresas, las cuales son independientes; b) el derecho de propiedad intelectual, toda vez que se otorgan licencias de uso de derechos intelectuales; c) el derecho impositivo, especialmente cuando se trata de franquicias internacionales, y, d) el derecho a la competencia, dada la exclusividad que otorga la franquicia, cuya normativa debe estudiarse y complementarse para dar paso a esta novedosa figura.

Cualquier texto legal o jurisprudencia que surja en torno a la regulación de la franquicia comercial debe contener al menos disposiciones tendientes a regular el momento previo al contrato, la vida del contrato y la terminación de la relación contractual.

En primer término debe regularse la información mínima que debe ofrecer el franquiciante al franquiciado, para no hacerlo caer en error o engaño, pues normalmente ésta es la parte débil de la relación. En segundo lugar, debe regularse cualquier aspecto referido a la vida y ejecución del contrato, los cuales han sido ya expuestos. Por último, debe regularse cualquier aspecto referido a la terminación de la relación contractual, incluyéndose allí disposiciones referentes a resolución, preavisos, indemnizaciones e inversiones realizadas por el franquiciado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BESCÓS TORRES (Modesto). Factoring y Franchising. Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1990.

CHERVIN DE KATZ (Marta). Qué es el Franchising?. Buenos Aires, Argentina, ADELEDO- PERROT S.A.E, 1995.

FARINA, (Juan M). Contratos comerciales modernos. Buenos Aires, Argentina, Segunda edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Pala, 1999.

FUENTES VARGAS (Bernal). El contrato de Franchising: el contrato de franquicia comercial. Primera Edición, San José, Costa Rica, IJSA, 1995.

GALLEGO SÁNCHEZ (Esperanza), La Franquicia, primera edición, Editorial Trivium SA, Madrid, España, 1991.

KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aida), Aproximación al Franchising, DERECHO CIVIL, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Lima, Perú.

MARZORATI (Oswaldo). Sistemas de distribución comercial: distribución, concesión y franquicia comercial. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1990.

ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique). Contratos Económicos Modernos. Primera edición, San José, Costa Rica, EDITORAMA, 2004.

TESIS

FLORES BEDOYA (Carolina). Patología del contrato de franquicia comercial. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

LANZÓN (Marlen) y otros. Manual de procedimientos operativos y de control para una estación de servicio y tienda de conveniencia operada en franquicia. Tesis para optar por el título de Licenciado en Ciencias Económicas, Facultad de Administración de Negocios, Universidad de Costa Rica, 1995.

REVISTAS

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (José María). La Franquicia: el futuro inmediato. Sin indicación bibliográfica. Biblioteca del Colegio de Abogados, San José, Costa Rica.

GONZÁLEZ PEÑA (Federico). Sobre el Contrato de Franquicia Comercial, REVISTA IUSTITIA, año 9, número 104, agosto de 1995, San José, Costa Rica.

PÉREZ VARGAS (Victor), El Contrato de Franquicia Comercial ("Franchising"), REVISTA JUDICIAL, n° 56, junio de 1992, San José, Costa Rica.

SOLANO (Carol) y otra, El Contrato de Franchising, REVISTA HERMENÉUTICA, número 8, setiembre de 1995, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

STRATTA (María de los Milagros), La franquicia como instrumento de la distribución comercial, REVISTA DYE DERECHO Y EMPRESA, año 2000, número 9, publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales.

LEYES

CÓDIGO CIVIL, Decreto No. 30 de 19 de abril de 1886.

LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994, Publicado en La Gaceta No. 14 del 19 de enero de 1995.

LEY DE MARCAS Y OTROS SIGNOS DISTINTIVOS, Ley N° 7978 de 22 de diciembre de 1999, Publicado en La Gaceta No. 22 de 1 de febrero del 2000.

LEY DE PATENTES DE INVENCION, DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES Y MODELOS DE UTILIDAD, Ley No. 6867 de 25 de abril de 1983, Publicada en La Gaceta N° 111 de 13 de junio de 1983.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Resolución N° 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos del Comal SA vr Derivados del Maíz Alimenticios SA, demasaresolución N° 294 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en proceso ordinario de Industria de Alimentos del Comal SA vr Derivados del Maíz Alimenticios SA, DEMASA.