

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Lic. José María Pacheco Fonseca

Generalidades

1.1 Las Franquicias

La palabra “Franchise” en inglés, o “franquicia”, históricamente ha sido sinónimo de privilegio, de un derecho conferido.¹ El uso de términos en el idioma inglés es común en materia de franquicias, pues el instituto jurídico de la franquicia tiene su origen en el derecho sajón. Este instituto sajón se ha tropicalizado por los ordenamientos jurídicos del derecho civil, y consecuentemente mucha de su terminología se ha importado.

La franquicia es una figura económica, un tipo de negocio, que se materializa mediante un *contrato de franquicia*. Esta figura transmite al franquiciado una *estrategia de mercado*, es decir, una receta probada para el éxito de su negocio, procurando la difusión de productos o servicios que el franquiciante es especialista en comercializar, sin que este segundo pierda el control de la distribución de los mismos, así como la forma en que se presentan al público.²

Esta receta, que hemos mencionado, conlleva la puesta en operación por parte

del franquiciado, de una serie de prácticas que el franquiciante ha desarrollado, aprovechándose de un complejo sistema de distribución y comercialización que el franquiciante pone a disposición del franquiciado, para que este venda o produzca mercaderías o servicios de una forma particular, y las comercialice bajo la marca de la franquicia.³ Quizá lo más importante para el franquiciado es que las prácticas empresariales que queda obligado a seguir son probadas, de tal suerte que han funcionado exitosamente en otros lugares, a menudo a nivel global, y por esto aunque no son garantía del éxito del negocio, son al menos garantía de que el proceso funciona. También le permiten al franquiciado comercializar una marca que, a menudo, ya tiene reconocimiento del consumidor en el mercado, evitando que el franquiciado deba hacer estragos para posicionarse en la mente del consumidor en el mercado.

Las franquicias son hoy por hoy una figura importante en el mercado de los bienes y servicios, manifestándose en tan diversos mercados y clases de productos como los de comidas rápidas, vestimenta, peluquerías, oficinas de abogados, y muchísimas más.⁴

¹ Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Página 178.

² FARINA, Juan. “Contratos Comerciales...” P457

³ Flores Bedoya, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.7.

⁴ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 51.

1.2. El Desarrollo Histórico de la Franquicia

Para analizar cualquier instituto jurídico desde un punto de vista histórico siempre debemos partir de que el desarrollo del mismo se va a encontrar ligado al desenvolvimiento del tráfico económico que resulte de la época. Es decir, los institutos jurídicos van a nacer y desarrollarse según las necesidades de la economía. Las franquicias no son una excepción de lo anterior, pues surgen como una respuesta a climas de economía interna no favorables, que hacen que las empresas tengan necesidades de expansión procurando conquistar nuevos mercados.”⁵

En el periodo posterior a la guerra civil Estadounidense, ante la reconstrucción de dicho país, el sector industrial de los Estados Unidos enfrentó dificultades para ampliar sus negocios hacia el sur y oeste del país, de forma directa y con su propio capital. Para penetrar estos mercados los industriales comenzaron a ayudarse de viajeros y comerciantes que tenían disposición de arriesgar su propio peculio para ventas de productos que ya estaban posicionados en la psiquis del mercado.⁶ Es así como se empezaron a concesionar derechos para vender estos productos, que los pequeños empresarios mencionados distribuían a lugares más lejanos de la urbe de los Estados

Unidos mediante la puesta en marcha de ventas ambulantes en carretas.

Con el aceleramiento de la globalización, las empresas se vieron forzadas a buscar formas de obtener ventajas competitivas, desviando recursos a la penetración de mercados extranjeros para vender y dar servicios a más personas, y comenzaron a desarrollar estrategias de penetración de esos mercados extranjeros. Allí surgen los negocios de franquicias, que resultaron ser una alternativa para las industrias en su esfuerzo de encontrar canales de distribución internacionales para sus productos.”⁷ Estos surgieron primero dentro de los Estados Unidos y se extendieron después a otros países como Canadá, Japón y países europeos.⁸

Las franquicias crecieron rápidamente. En los años 50 habían 100 franquiciantes en los Estados Unidos, que generaban un aproximado de 100,000 franquicias. Por allí de los años 70's este número se había multiplicado, existiendo al rededor de 1,500 franquiciantes y 500,000 franquicias, dando empleo a 4 millones de personas.⁹

Es así como las franquicias se volvieron la “nueva forma de hacer negocios”, partiendo de una idea exitosa y multiplicándola al rededor de la orbe. Las empresas se expandieron por

5 GALLEGO, Esperanza, “La Franquicia.” Pág. 20

6 JIMENES, Fabio; FUENTES, Bernal. Op. Cit. Pág. 47

7 LÓPEZ GUZMÁN, FABIÁN. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Pág 109.

8 LÓPEZ GUZMÁN, FABIÁN. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Pág 110.

9 PÉREZ, Victor. “La Regulación...” Pág. 1.

el mundo utilizando esta novedosa forma de inversión, haciéndose cada vez más popular y convirtiéndose en uno de los negocios más rentables del mundo.¹⁰

Hoy por hoy es difícil imaginarse el mundo sin franquicias, pues están por todas partes, donde sea que vayamos, y a menudo son los modelos de comercialización de las marcas más emblemáticas del mundo globalizado.

1.3. El Contrato de Franquicia - Generalidades

El contrato de franquicia es atípico y se encuentra en constante transformación. Por esto, al definirlo debemos tener en cuenta que cualquier generalización que hagamos puede ser objeto de cambio en el futuro cercano.¹¹

Carolina Flores Bedoya nos introduce a la noción de franquicia de la siguiente forma:

“Como primera aproximación se puede afirmar que el contrato de franquicia comercial o franchising es un contrato de colaboración empresarial, por medio del cual una de las partes llamada el franquiciante autoriza el uso de su marca y know-how, asistiendo y controlando al franquiciado en la producción o distribución de bienes o servicios, a cambio de una prestación dineraria.”¹²

En este sentido podemos extraer algunos elementos importantes:

- a. Es un contrato de colaboración, es decir, es un contrato con un elemento asociativo importante. No es una mera distribución de un producto.
- b. El franquiciante pone a disposición del franquiciado una serie de bienes inmateriales, entre ellos una licencia para el uso de su marca o nombre comercial; y su conocimiento, o “know how”.
- c. El franquiciado remunera al franquiciante con una contraprestación económica.

Es así como el franquiciado hace sus negocios bajo un nombre comercial de reconocimiento y renombre, empleando los métodos y procesos del franquiciante, y haciendo el franquiciado una inversión económica con sus propios recursos.¹³ El franquiciante le proporciona al franquiciado la receta, el know how, el método, la organización estructural, y las mejores prácticas para comercializar el producto o servicio,¹⁴ y el franquiciado emplea ese know how (saber cómo, o lo que los franceses han denominado también savoir faire, o saber hacer), y acta las directivas y la orientación del franquiciante, para repetir el éxito que se ha generado en la comercialización anterior del producto.¹⁵

10 LÓPEZ GUZMÁN, FABIÁN. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Pág 110.

11 Flores Bedoya, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.7.

12 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.7.

13 FARINA, Juan. “Contratos Comerciales...” Pág. 452

14 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 51.

15 KEMELMAJER. Pág. 415

*“El franquiciante pone a disposición del franquiciado dos elementos primordiales; una determinada técnica empresarial (know-how) y por otro lado una línea de productos o servicios, con una marca acreditada y de fama en el mercado, con un sistema comercial experimentado, uniforme y continuamente renovado.”*¹⁶

Es así como surgen dos partes, el franchisor (o franquiciante), que es quien tiene el know how y la marca; y el franchisee (o franquiciado) que es quien paga por utilizar ambas y aprovecharse de ellas para comercializar los productos.¹⁷

Lo anterior genera ahorros al franquiciado, pues no debe realizar estrategias de mercado, estudios de penetración del mercado, o generar sus propios procesos, y adquiere, por virtud del contrato, toda la experiencia del franquiciante, disminuyendo el riesgo que conlleva la relativa inexperiencia que el franquiciado hubiese tenido si comienza el negocio de buenas a primeras.

Se dice entonces que el contrato de franquicia es *“Un contrato atípico no regulado en nuestros ordenamientos en el que al franquiciado (franchisee), se concede una licencia para el uso de una marca u otro símbolo comercial o el derecho de actuar en*

*la oferta, venta o distribución de los productos o servicios conexos a la marca u otro símbolo comercial de franchisor, opera con base en un plano o sistema de marketing establecido en gran parte por el franchisor. Debe pagar directa o indirectamente una franchise fee. Debe promover la venta (o los servicios) de los productos del franchisor, a través de una unidad o imagen y de permitir los controles del caso, todo dentro del plan de acción del concedente.”*¹⁹

De ahí la importancia trascendental del llamado know how, que es mucho más que mero conocimiento, pues es conocimiento que tiene un valor comercial. Puede ser o no un secreto empresarial, y también puede ser o no objeto de patente. Lo cierto es que cualquier consejo de negocios puede ser considerado know how, y si alguien está dispuesto a pagar por él es objeto de ser licenciado. En la franquicia el know how está ya comprobado por el franquiciante.²⁰

Habiendo hecho este preámbulo, podemos indicar que en un contrato de franquicias subyacen dos elementos subjetivos y tres elementos objetivos. Los elementos subjetivos son las dos partes, el franquiciante y el franquiciado. Los elementos objetivos serán, la licencia de marca comercial, industrial o de servicios (nombre comercial), el know

16 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.10.

17 FARINA, Juan. Op Cit. Pág. 450

18 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 51.

19 PÉREZ VARGAS, Victor. “Contratos de...” Pág. 106

20 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 762.

how, es decir la asistencia y los concimientos técnicos, y la contraprestación económica, la cual es comúnmente denominada regalía o royalty.²¹

Caracterizan la franquicia, como veremos más adelante, su autonomía, el ser un contrato de cooperación, usualmente intuitu personae, por lo general de adhesión, concesual, bilateral, oneroso, uniforme y de tracto sucesivo.²²

En California, que ha regulado de forma detallada esta figura contractual, se han exigido los siguientes elementos para considerar que se está en presencia de un contrato de franquicia: *“1) El otorgamiento del derecho al franquiciado de involucrarse en el negocio de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios. 2) Otorgamiento del derecho al franquiciado de involucrarse en el negocio bajo un plan de mercadeo o un sistema proporcionado en parte sustancial por el franquiciante. 3) La operación del negocio franquiciado debe estar asociada en forma sustancial con un símbolo comercial que haga referencia al franquiciante o a un afiliado de éste, por ejemplo una marca, marca de servicio, nombre comercial o logotipo. 4) El franquiciado debe estar obligado a pagar, directa o indirectamente, una cuota conocida como cuota de franquicia, por concepto de derecho de entrada al negocio.”*²³

2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIAS

2.1. Características

Recordemos que el contrato de franquicias se utiliza para comercializar productos y servicios diversos. En este sentido, no encontraremos sus características en los negocios subyacentes que son objeto de dichos contratos. Las características serán del contrato en sí. Podemos decir que el Contrato de Franquicias es:

1) Bilateral: Esto por cuanto se dan obligaciones recíprocas entre los contratantes. Uno de ellos adquiere la obligación de transmitir el know how y facilitar el uso del nombre comercial, y la otra de utilizar el know how en la forma proporcionada por la otra y pagar los royalties.²⁴

2) Consensual: Esto al ser producto del acuerdo de voluntades sin requerir formalidades adicionales.²⁵

3) Oneroso: Esto por tener una contraprestación económica, siendo que ambas partes buscan generar una ganancia al suscribirlo.²⁶

4) Principal: No se encuentra supeditado a la realización de otro acto jurídico, pero sí se

21 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.8.

22 GONZÁLEZ, Adriana; MONCADA, Indiana. “El contrato...” Pág. 18.

23 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.12.

24 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

25 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

26 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

ejecuta a través de una serie de contratos y actos accesorios, como podría ser la licencia de uso de marca, la transmisión del know how, y el pago.²⁷

5) Atípico: Esto por cuanto en Costa Rica no se encuentra regulado en la Ley y es más bien celebrado al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes.²⁸

6) De ejecución sucesiva (o en tractos): Esto por cuanto no se ejecuta en un instante, como por ejemplo la compraventa, sino más bien las obligaciones de las partes se deben ir ejecutando en el tiempo. Por ejemplo las regalías se pagan de forma periódica y la licencia de uso de marca se otorga por el plazo del acuerdo. Su cumplimiento se da en el tiempo, sea este un plazo fijado por las partes o un plazo indeterminado.²⁹

7) Intuitu Personae: Esto por cuanto al momento de su celebración, tanto el franquiciante como el franquiciado toman en cuenta, como elemento esencial de su voluntad, las cualidades y características de cada una de ellas. Por una parte, el franquiciante busca dar sus franquicias a personas que cumplan con ciertos perfiles específicos, tanto financieros como personales, y el franquiciado busca

la experiencia del franquiciante, que le es exclusiva a su persona.³⁰

8) De Colaboración Empresarial: Esto por requerirse de la cooperación del franquiciante y el franquiciado para su ejecución. Se dice que se genera entre las partes “un clima de confianza y mutua colaboración, que se traduce en una especie de sinergia sobre la actividad comercial de distribución.”³¹ Dice Jorge Enrique Romero que “La franquicia es de colaboración comercial, en ella el *franchisor* (*franquiciante*) impone las condiciones al *franchisee* (*franquiciado*).³² Este tipo de contrato permite crear un sistema, red o cadena de aparentes sucursales, ya que cada establecimiento de la cadena es un negocio autónomo de cada franquiciado.” Dice Esperanza Gallego que “Se ha señalado ya la doble consideración a que debe ser sometido el contrato de franquicia: no es tanto factor de intercambio de prestaciones como relación de colaboración informada por un interés común y dirigida a una finalidad única: la distribución del producto o servicio objeto del mismo.”³³

9) Transmisión de Conocimiento: Aunque no exclusivo al contrato de franquicias, una característica esencial del mismo es que conlleva una transmisión de conocimiento. La

transmisión de conocimiento es un elemento diferenciador del contrato de franquicia, sin embargo dice Fabián López Guzmán que, “No obstante, de este punto se ha apartado un sector de la doctrina, puesto que considera que tanto el know how como el good will son también elementos comunes a los contratos de agencia y no disociadores.”³⁴

Existen algunos elementos incidentales del contrato que suelen darse o preverse. La omisión de estos pactos no implica que no existe un contrato de franquicia, pero es usual en la industria que los mismos estén contemplados entre los acuerdos franquiciante/franquiciado. Es usual pactar por ejemplo, exclusividad territorial para una zona determinada, condiciones bajo las cuales se pueden o no establecer sub-franquicias (aquellas que otorga el franquiciado o un tercero), plazo, condiciones u objetivos mínimos a lograr en plazos determinados (por ejemplo ventas mínimas para mantener la franquicia, apertura mínima de locales dentro de la zona de exclusividad, etc), fijación del precio de los bienes o servicios a comercializar, obligaciones para el franquiciado de seguir las instrucciones del franquiciante (know how) al pie de la letra, y forma de fijación de las regalías.³⁵

2.2. Ventajas del Contrato

El contrato de franquicias presenta una serie de ventajas económicas respecto a las partes que lo suscriben, sobre otras figuras de distribución. Estas ventajas no son solo para el franquiciante, sino también para el franquiciado e incluso el consumidor.

Como hemos dicho, el ser dotado de una amplia experiencia desde el día uno le genera una gran ventaja al franquiciado, pues no requiere experimentar para lograr llegar a procesos optimizados. Esto le permite a una empresa relativamente pequeña ofertar productos de calidad estandarizada al mercado sin los traspies de la inexperiencia.

Dice Fabián López Guzmán que, “*En una economía de libre mercado, la competencia económica es un principio de obligatorio cumplimiento; sin competencia económica no hay desarrollo, la industria permanece en un completo marasmo y al consumidor no se le ofrecen bienes y servicios de óptima calidad. El sistema de franquicias aumenta la competitividad empresarial y les permite a las pequeñas y medianas empresas acceder a marcas y productos de buen nivel empresarial y competitivo.*”³⁶

27 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

28 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 129.

29 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 130.

30 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 130.

31 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 130.

32 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Página 181.

33 GALLEGO, Esperanza. Pág. 28

34 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 133.

35 FARINA, Juan. Op. Cit. Pág. 249.

36 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 144.

Algunos autores han afirmado que esta modalidad contractual le permite a los franquiciados tener “*éxito asegurado*”, sin embargo no podemos estar de acuerdo con esta apreciación. Lo cierto es que no existe tal éxito asegurado. Lo correcto es hablar de un éxito probable o altamente probable. Es mucho más fácil lograr el éxito del negocio, pues se cuenta con experiencia y planes de mercadeo que han funcionado en otros lugares, y la complejidad de reproducir ese éxito es relativamente menor a la complejidad de generarlo a partir de la nada. También, al ser las franquicias objeto de marcas y nombres comerciales conocidos, el franquiciado puede penetrar el mercado con un nombre ya establecido, sin necesidad de realizar mayor esfuerzo que el de mantenerlo. A pesar de esto, ningún éxito es asegurado en los negocios.

Otra de las ventajas que presenta el contrato de franquicias, respecto a un contrato de distribución común, es que el franquiciado se puede aprovechar de la inversión publicitaria cuantiosa que realiza el franquiciante, así como aquella inversión en publicidad que realizan otros franquiciados que comercializan los mismos productos u servicios del franquiciante. Esto permite un ahorro para el franquiciado, pues se aprovecha de muchísima más inversión publicitaria que aquella que genera por sí mismo.³⁷

Respecto al franquiciante, se da un mejoramiento de la distribución de los bienes o servicios que le son propios, pues no es necesario para el franquiciante invertir y arriesgar más capital o recurrir a endeudamiento, permitiendo obtener altos ingresos con menores costos y capital invertido.³⁸

Para el consumidor hay ventajas también. La primordial de ellas es “la expectativa de contar a su alcance, con servicios cuya modalidad y calidad le son conocidos de antemano.”³⁹ Es decir, el consumidor puede acceder a un negocio y esperar un estándar de calidad conocido, sin necesidad de experimentar y arriesgarse a obtener un producto o servicio deficiente.

2.3. Riesgos del Contrato

Si bien es cierto que el contrato de franquicias procura una reducción de los riesgos para el franquiciado, existe un riesgo empresarial propio de cualquier negocio que no puede ser eludido.⁴⁰ En términos generales, los riesgos más comunes en el contrato de franquicia vienen del uso incorrecto o inadecuado del know how por parte del franquiciado. Dice Esperanza Gallego que, “*por lo general, hay un cierto riesgo de actuación incorrecta por parte del franquiciado en detrimento del franquiciante, o de otros miembros de la*

red.”⁴¹ Esto por cuanto también, el error o la actuación incorrecta de un solo franquiciado puede afectar la imagen de toda la franquicia, en detrimento de los otros franquiciados. En este sentido hay un riesgo propio de actos ajenos que no es común en otro tipo de negocios.

También, en las franquicias internacionales, hay riesgos propios de las legislaciones particulares de cada país, que pueden aminorar los beneficios de todo el know how de las franquicias. Por ejemplo, puede ser un elemento importante de know how de una franquicia de alimentos la forma de presentar el exterior de un restaurante o establecimiento, sin embargo en Europa hay leyes que pueden impedir, por motivos urbanísticos, la aplicación de estas disposiciones. Esto conlleva un riesgo sin duda, pues la franquicia depende de su uniformidad y además, forma parte del know how del franquiciante, la presentación estética exterior de los establecimientos, la cual ya ha funcionado antes con éxito. Sin embargo, estos riesgos por lo general se ven acolchonados al poner en la balanza el paquete general de mercadeo de la franquicia. También existen riesgos propios de sentimientos nacionalistas de ciertos países contra negocios globalizados o contra otros países en particular. En México e India se ha dado resistencia a aceptar marcas globales.⁴²

Además, se corre el riesgo de que ciertos símbolos empleados por la franquicia no sean de entendimiento o aceptación universal. Por ejemplo, el “Colonel” Sanders de Kentucky Fried Chicken fue objeto de objeciones en Alemania, donde la palabra “Colonel” alude al ejército Norteamericano, que no es de agrado de los Alemanes. En los años 70, cuando “Kentucky Fried Chicken” fue introducido al mercado costarricense, se le llamó “Pollo Frito de Kentucky” en lugar de su nombre común en inglés, aunque en otros países latinoamericanos no se procedió de la misma forma. Estas medidas son empleadas para aminorar el rechazo de las particularidades de cada país o región.⁴³

3. Diferencias entre el contrato de franquicia y otros contratos similares

3.1. Diferencias con el contrato de Patente

La franquicia tiene un alto componente tecnológico, y por lo anterior la legislación internacional de inversión extranjera y de impuestos lo ha clasificado entre los llamados “contratos de transferencia de tecnología”, a la par de contratos de licencias y patentes. A pesar de esto hay diferencias importantes.⁴⁴

En el contrato de franquicia se otorga una licencia, pero en el contrato de patente o licencia no hay ninguna obligaciones

37 KEMELMAJER. Op Cit. Pág. 416.

38 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 143.

39 KEMELMAJER. Op Cit. Pág. 416.

40 GALLEGO, Esperanza. Pág. 36

41 GALLEGO, Esperanza. Op Cit. Pág. 33

42 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 769.

43 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 773.

44 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 141.

accesorias al otorgamiento, pues si bien en el primero se permite el uso de una marca, un secreto empresarial o un proceso, no se da una cooperación entre las partes dirigida a poner en marcha un negocio.⁴⁵

Tampoco podemos decir que en la licencia, a diferencia de la franquicia, se retenga un control de aquello que se licenció por parte del otorgante.⁴⁶ “En la licencia de patente y de marca el beneficiario no está en la obligación de acatar las instrucciones del licenciante; goza de completa autonomía y no existe ningún tipo de control como en la franquicia.”⁴⁷

Además, a diferencia con el contrato de licencia o patente, en las franquicias el franquiciante capacita al franquiciado, como una forma de transferir a este el know know y asegurar el éxito del negocio. Esto se hace, por lo general, en centros especializados de capacitación, dedicados a que los franquiciados aprendan los métodos, técnicas y procesos propios de la franquicia. Esto no se produce en los contratos de licencia o patente.⁴⁸

Finalmente, en las franquicias, siempre se pacta un “derecho de entrada”, un pago fijo

que el franquiciado debe realizar para acceder a la red de la franquicia. Esto tampoco es propio de los contratos de licencia.⁴⁹

3.2. Diferencias con el Joint Venture

Los Joint Venture, al igual que las franquicias, son contratos de colaboración empresarial. En ellos se comparten riesgos y ganancias o pérdidas. En los Joint Venture las partes unen sus recursos, capital, experiencia y esfuerzos para desarrollar un proyecto en conjunto.⁵⁰

Tanto el Joint Venture como la franquicia son contratos atípicos de colaboración empresarial, pero son sustancialmente distintos. Para empezar, en las franquicias el riesgo para cada una de las partes es conocido de antemano, pues se cuenta con la experiencia del franquiciante que además, ya ha desarrollado procesos para aminorar o disminuir ese riesgo.⁵¹

Además, en materia de Joint Venture, cuando estos se constituyen bajo la forma de una sociedad, un vacío legal o contractual puede ser suplido de forma analógica por el derecho societario. Esto no es el caso de las franquicias.⁵²

45 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 141.

46 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P35

47 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 141.

48 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 141.

49 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 142.

50 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 142.

51 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 143.

52 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 143.

También, en los Joint Venture, las aportaciones de las partes son distintas, y no siempre una de ellas aporta la “propiedad industrial” necesaria para poner en marcha el negocio. En la franquicia, el franquiciante siempre aporta este elemento pues es precisamente, en conjunto con el know how y la capacitación que brinda al franquiciado, su contraprestación al pago de las regalías.⁵³

3.3. Diferencias con un contrato de distribución

El contrato de franquicia y el contrato de distribución guardan una gran cantidad de similitudes. Hay sectores de la doctrina que han considerado que la única diferencia entre ambos es que el franquiciado paga un importe para la entrada al esquema de la franquicia y utiliza la marca del franquiciante. Lo cierto es que este análisis no puede ser empleado, por ejemplo, para las franquicias de servicios. De igual forma, hay elementos diferenciadores entre ambos contratos que permiten y exigen individualizarlos.⁵⁴

El contrato de distribución se desarrolla entre el fabricante y un distribuidor, donde el distribuidor vende productos que le compra al fabricante, de forma exclusiva o no, en una zona determinada. Podemos ver que

está ausente el elemento de transferencia tecnológica, transferencia de know how, capacitación, pago de regalías, entre otros.⁵⁵

Recordemos que la transmisión del know how, o transferencia tecnológica, es un elemento esencial del contrato de franquicias, que se ejecuta mediante la capacitación y transmisión de secretos empresariales al franquiciado. En este sentido el contrato de distribución únicamente implica una serie de compraventas entre el fabricante y el distribuidor, sin ese elemento de transferencia tecnológica que es propio y particular de las franquicias.⁵⁶

De igual forma, en las franquicias el franquiciado está obligado a obedecer de forma puntual las direcciones que le da el franquiciante, y es objeto de responsabilidad contractual si no las acata. El contrato de distribución no comporta este elemento.⁵⁷

Finalmente, en el contrato de distribución no se paga un derecho de entrada al negocio, o regalías periódicas. Únicamente se pagan mercancías que el distribuidor posteriormente revende. Tampoco existe una imagen uniforme de los distribuidores con los fabricantes, lo cual si se da en el

53 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 143.

54 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 138-139.

55 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P36.

56 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 139.

57 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 139.

contrato de franquicia, donde el franquiciante y el franquiciado se confunden en los ojos del consumidor final.⁵⁸

4. TIPOS DE FRANQUICIAS

4.1. Clasificación de las franquicias

4.1.1. Modalidades

La mayoría de la doctrina clasifica las modalidades operacionales de las franquicias en tres tipos, sean estas el franchising master, el directo y el franchising para desarrollo tecnológico.⁵⁹

El franchising master es aquel otorgado a una empresa que a su vez es la encargada de otorgar franquicias a los franquiciados finales. Bajo esta modalidad el franquiciante le otorga una franquicia a un franquiciado en un área o región amplia, y este franquiciado es quien se dedica a buscar franquiciados (sub-franquiciados), contratar con ellos, administrar sus franquicias y controlarlos. Es un caso de sub-franquicias pues el franquiciante le delega a un franquiciado las labores que le son propias para que éste pacte con los franquiciados finales.⁶⁰

Por otra parte, en el franchising directo no existe tal intermediario, y es el franquiciante el que directamente contrata con, y gestiona la labor de sus franquiciados.⁶¹

Respecto al Franchising para desarrollo tecnológico, dice Carlos Alberto Gherzi:

“La tercera es la modalidad que suma al contrato de franchising, el derecho de desarrollo tecnológico del franquiciado; se utiliza únicamente entre los países desarrollados (p. ej. Estados Unidos con Inglaterra). Facilita el acceso del franquiciado de la obtención de tecnología propia.”⁶²

4.1.2. Clasificación

Los contratos de franquicia se pueden calificar a razón de lo que se pretenda comercializar. Así podemos identificar contratos de franquicia de distribución, de producción y de servicios.⁶³

También se pueden clasificar, según Juan Manuel Farina: “1) Atendiendo al aprovisionamiento exclusivo a favor del Franchisor. 2) Atendiendo a la exclusividad territorial a favor del franchisee. 3) Atendiendo a la estrategia de apertura de mercado y surgimiento de vínculos contractuales.”⁶⁴

Finalmente, podemos identificar un tercer tipo de clasificación, que los divide en franquicias de codirección y de locación.⁶⁵

58 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional”. Página 139.

59 GHERZI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 54.

60 GHERZI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 54.

61 GHERZI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 55.

62 GHERZI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 55.

63 FARINA, Juan M. El Contrato de Franchising. Página 75.

64 FARINA, Juan M. El Contrato de Franchising. Página 78.

65 FARINA, Juan M. El Contrato de Franchising. Página 81.

4.2. Primer Criterio de Clasificación

4.2.1. Franchising de Distribución

La franquicia de distribución se caracteriza porque el franquiciante busca disminuir costos y riesgos de llevar sus productos a nuevos mercados⁶⁶, otorgándole al franquiciado el uso de su marca, conocimiento y método de comercialización, para que éste distribuya y comercialice un producto. El franquiciado realiza la distribución en estricto apego a las instrucciones del franquiciante. Este tipo de franquicia es la más frecuente, y se encuentra en países de toda la orbe.⁶⁷ El franquiciado comercializa los productos del franquiciante en la zona determinada, bajo la misma marca del franquiciante y en seguimiento de sus directrices.

4.2.2. Franchising de Servicio

La franquicia de servicios implica la oferta al mercado, por parte del franquiciado, de los servicios propios del franquiciante, empleando el mismo nombre comercial, signos distintivos y marca del franquiciante⁶⁸. Podemos observar que bajo esta clase de franquicias, se ofrecen servicios de todo tipo al mercado, desde peluquerías y hoteles, hasta inclusive, servicios legales y de contaduría,

como son los que brinda la prestigiosa firma internacional suiza Deloitte.

Otros servicios frecuentemente comercializados bajo franquicias de esta clase incluyen “dry cleaning”, alquileres de carros, gimnasios, spa’s y servicios de transporte.^{69 70} Como podemos observar, a diferencia de la franquicia de distribución, el objeto del contrato no es la comercialización de un producto. El objeto es más bien, la comercialización de un servicio, que se brinda bajo los estándares y procesos definidos por el franquiciante, permitiendo al usuario final esperar un estándar mínimo de calidad a nivel global o regional.

A menudo se combinan las franquicias de servicios con las de distribución. Dice Fabián López Guzmán que *“La única diferencia con la franquicia de distribución es que esta se refiere a servicios, mientras la otra contempla la distribución y comercialización de productos. En la mayoría de los casos se convienen ambas al mismo tiempo, esto es, que el franquiciador comercializa los servicios del franquiciante, y a su vez, se obliga a comprar los productos para revenderlos a los usuarios finales.”⁷¹* Como veremos más adelante, este tipo de franquicia correspondería a lo que denominamos franquicias mixtas, pues

66 Flores Bedoya, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P20.

67 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 154.

68 JIMENEZ, Fabio; FUENTES, Bernal 72

69 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.21.

70 GÓMEZ BARRANTES, NELSON ANTONIO. Op. Cit. Página 35

71 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 157.

incorpora más de un tipo de franquicia dentro de un mismo contrato.

4.2.3. Franchising Industrial o de Producción:

Las franquicias industriales o de producción son aquellas que se otorgan por el franquiciante al franquiciado, para que éste segundo fabrique o produzca un producto que es propiedad industrial del franquiciante. Esto conlleva la transferencia de todo el conocimiento tecnológico sobre los métodos de fabricación de dicho producto al franquiciado, que le permiten confeccionar el producto bajo los mismos estándares fijados por el franquiciante. Además de esto, el franquiciante le brinda asistencia técnica en la fabricación al franquiciado, y el franquiciado también comercializa el producto y lo coloca en el mercado bajo la misma marca del franquiciante, según los métodos y políticas de mercadeo establecidas por este.⁷²

Dice Carolina Flores Bedoya que, *“De acuerdo a este tipo de franquicia, el franquiciado es autorizado para fabricar cierto producto, según se lo permita la asistencia técnica, la marca, y en ciertos casos los materiales y la patente, proporcionados por el franquiciante. En este caso al franquiciado siempre se le proporciona un know-how requerido para la producción y comercialización de los productos.”*⁷³

Resulta importante recalcar la importancia de la transferencia tecnológica e industrial en este tipo de franquicia, pues es esencial que el franquiciado conozca los procesos requeridos para producir los bienes que fabricará y comercializará.

4.2.4 Franchising Mixto

Las franquicias mixtas son aquellas en las que se incluyen dos o más tipos de franquicia en un sólo contrato. Es decir, franquicias que combinan la distribución de productos y servicios, producción y distribución, etc.⁷⁵

4.2.5. Otros tipos

Se habla, menos frecuentemente en doctrina, de otros tipos de franquicia distintos de los enunciados anteriormente. Entre estos se mencionan la Franquicia por conversión (se refiere a cuando un negocio ya establecido adopta las prácticas de una franquicia, su nombre, su imagen, etc), franquicia corner (se refiere a un espacio franquiciado dentro de un establecimiento comercial, por ejemplo en una tienda de departamento), plurifranquicias (en las cuales el franquiciado gestiona distintas franquicias que no compiten entre sí), multifranquicias (cuando se otorga más de una franquicia dentro de un área determinada, reservándose el franquiciado la posibilidad de abrir cuantos quiera establecimientos

72 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 153.

73 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.21.

74 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 153.

75 Forcalidem. ASPECTOS IMPORTANTES PARA ENTENDER QUE ES UNA FRANQUICIA. <http://www.forcalidem.com/articulos/pdf/FORC-008-FRANQUICIAS.pdf>

dentro de esa área), franquicia activa (exige que el franquiciado sea el que administre el establecimiento personalmente), franquicia financiera (en la cual el franquiciado es solo un inversionista), franquicia internacional (aquella que se exporta a un país extranjero), etc.⁷⁶

4.3. Segundo Criterio de Clasificación

4.3.1. Franchising de aprovisionamiento exclusivo a favor del Franquiciante

Este tipo de franquicia es característico por que el franquiciado no puede vender o comercializar productos o servicios que no sean los provistos por el franquiciante⁷⁷. Cuando el aprovisionamiento es propio, el franquiciado está limitado a vender los productos o servicios que le proporciona el franquiciante. Cuando el aprovisionamiento es impropio, la exclusividad existe únicamente en tanto el franquiciante no entre en competencia con el franquiciado, comercializando los mismos bienes o servicios de forma directa u a través de otro.⁷⁸

4.3.2. Franchising de Exclusividad territorial a favor del Franchisee o Franchising Regional

Bajo esta clasificación se encuadran aquellas

franquicias en las cuales el franquiciado tiene algún tipo de exclusividad en una zona o área determinada. Se manifiesta en dos vertientes. La primera de ellas es aquella en la cual dicha exclusividad territorial se otorga para que le franquiciado proceda a otorgar sub-franquicias, empero hablamos de un franchising master.⁷⁹ La segunda únicamente se refiere a una exclusividad “operativa”, según la cual se le protege de la amenaza de competencia de la misma franquicia sin que se le de la facultad de sub-franquiciar.⁸⁰

4.4. Tercer Criterio de Clasificación

4.4.1. Franchising de Co-dirección

Las franquicias de co-dirección son aquellas en las que el franquiciante corre con los gastos del negocio y el franquiciado únicamente se dedica a la administración del mismo.⁸¹ El riesgo del capital recae enteramente sobre el franquiciante que se vale de la experiencia local del franquiciado para procurar la mejor forma de administrar el establecimiento.⁸²

4.4.2. Franchising de Locación

El franchising de locación es aquel en el cual el franquiciante le arrienda el establecimiento

76 Nota. Ver cita para el desarrollo de cada uno de los métodos posibles a utilizar que son Franquicia directa, filial o subsidiaria, acuerdo de desarrollo, y franquicia master.

77 JIMENEZ Fabio; FUENTES, Bernal. 73

78 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.28.

79 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.29.

80 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.30.

81 JIMENEZ Fabio; FUENTES, Bernal. 75

82 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.30.

al franquiciado. El franquiciado administra la empresa y lleva a cabo su gestión.⁸³

4.4.3. Otros tipos

Se ha hablado en doctrina de franquicias de copropiedad, en las cuales ambas partes hacen una inversión conjunta en la empresa. En estos casos el franquiciante es un inversionista del negocio del franquiciado.⁸⁴

5. RÉGIMEN JURÍDICO

5.1. Etapa Precontractual:

De previo al perfeccionamiento del contrato de franquicias es usual que exista un pre-contrato, en el cual se fije una etapa para que el franquiciado cumpla ciertos requisitos y demuestre sus atestados. Estos incluyen entre otros, experiencia en materia de franquicias y solvencia patrimonial. También en esta etapa pre-contractual el franquiciado debe formar el equipo que se encargará de administrar el establecimiento, instruirlo sobre los métodos y prácticas de la franquicia, capacitarlo, y encontrar el local.⁸⁵

También, a menudo forma parte de la etapa pre-contractual la construcción o remodelación del local, incluyendo su ubicación, su

decoración externa, su suministro inicial y otras condiciones.⁸⁶

Estas pruebas y requisitos resultan de un contrato en sí mismo, pero respecto al contrato de franquicia, son un hecho condicional que lo precede. Son un requisito para el contrato definitivo.⁸⁷

5.2. Objeto y Sujetos

5.2.1 Objeto

De forma sintética, podemos decir que el objeto del contrato de franquicia es la transmisión de un conocimiento (know how, savoir faire) que tiene el franquiciante al franquiciado, incluyendo conocimientos técnicos, comerciales, administrativos, financieros y empresariales, aparejado del licenciamiento de su marca, procesos, patentes u otras propiedades industriales, a cambio de un royalty o remuneración económica.⁸⁸

5.2.2. Sujetos

Los sujetos del contrato son el franquiciante, que es el titular del know how y la marca, y que otorga una licencia de uso de ella, y el franquiciado, que vende los productos o servicios del franquiciante.⁸⁹

83 JIMENEZ, Fabio; FUENTES, Bernal. 75

84 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.32.

85 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 55.

86 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 56.

87 GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Página 56.

88 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Página 181.

89 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Página 181.

5.3. Derechos y Obligaciones del Franquiciante

Los derechos y obligaciones del franquiciante serán tan diversos y disímiles como cuantos contratos de franquicias existan. Sin embargo, algunos de ellos son comunes a la mayoría de los contratos de este tipo.

En primera instancia podemos indicar que le franquiciante debe: a) otorgar la licencia al franquiciado para el uso de su nombre comercial, signos distintivos, etc; b) transferir al franquiciado su conocimiento o know how; c) capacitar al franquiciado para que éste pueda utilizar el know how adecuadamente, como si fuera el mismo franquiciante; c) controlar al franquiciado y proveerle de asistencia técnica para la óptima realización del negocio. También a menudo el franquiciado debe proporcionar asistencia de tipo legal, de arquitectura, geográfica, sociológica, de marketing, de decoración, de imagen, financiera y de otras diversas índoles.⁹⁰ Dice Fabián López Guzmán que la *“Obligación de cesión de uso de los bienes incorporales constituye una de las obligaciones principales en la franquicia, puesto que al fin y al cabo el aspirante a franquiciado paga el derecho de entrada a una franquicia para poder explotar la propiedad industrial del franquiciante.”*⁹¹

Es entonces también obligación del franquiciante el poner a disposición del franquiciado los bienes incorporales que le permiten al franquiciado explotar el negocio, sean estos cuales requiera el caso específico. Esto es de interés del franquiciante pues éste requiere que el franquiciado tenga todos los recursos necesarios a su disposición para comenzar a explotar la actividad económica y que se comiencen a generar regalías.⁹²

En el caso de las franquicias de distribución, el franquiciante también debe proveer al franquiciado los bienes a comercializar. También es usual que el franquiciante le venda al franquiciado todo o parte del mobiliario y equipo a utilizarse en el negocio.⁹³

Debemos indicar que, dada la naturaleza de colaboración del contrato de franquicia, las obligaciones del franquiciante no se limitan ni se satisfacen con la mera puesta a disposición de los bienes incorporales y transferencia tecnológica. Esto, por cuanto la obligación del franquiciante trasciende lo indicado, y debe ser la de colaborar con el franquiciado para procurar el éxito de su negocio. El franquiciante debe siempre brindar la ayuda técnica necesaria al franquiciado para procurar que ambos obtengan los mejores réditos posibles.⁹⁴ Hemos dicho que *“no es*

90 GÓMEZ BARRANTES, NELSON ANTONIO. Op. Cit. Páginas 54-55.

91 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 174.

92 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 154.

93 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 155.

94 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. “El Contrato de Franquicia Internacional. Página 309.

*suficiente con que el franquiciante transmita el secreto empresarial, sino que además debe disponer del personal especializado (...) que va a colaborar en la formación y capacitación del personal del franquiciado.*⁹⁵

Además, el franquiciante debe tomar todas las medidas razonablemente acatables para mantener la reputación y distinción de la franquicia, incluyendo toda la red de franquiciados, para no afectar unos u otros negocios operados por personas distintas que funcionen bajo su marca y nombre comercial. Es imperativo recordar que la buena reputación y el nombre de la franquicia son esenciales para el franquiciado, y en este sentido el franquiciante debe procurar que no sufran menoscabo alguno.⁹⁶

5.4. Derechos y Obligaciones del Franquiciado

En primera instancia el franquiciado está obligado a pagar el precio. Esta es la obligación principal del franquiciado, e incluye el derecho de entrada y los royalties. Ambos pagos son esenciales para que el franquiciante le brinde en primera instancia, y le continúe brindando por la duración del contrato, la licencia de marca y el conocimiento técnico y asesoría pactados.⁹⁷

De igual forma el franquiciado está obligado a explotar efectivamente la actividad económica objeto de la franquicia. El incumplimiento de esta obligación esencial le causaría graves daños y perjuicios al franquiciante, que pudo haber dado en franquicia la actividad a otra persona que sí explotara efectivamente el negocio. Por esto debemos entender que no media un mero derecho del franquiciado de explotar la actividad comercial al pagar el derecho de entrada; lo que existe es una obligación de explotarla de la forma indicada por el franquiciante, para que, en primera instancia a) existan regalías de las cuales el franquiciante se pueda beneficiar; y b) las regalías se maximicen, dentro del ámbito de lo pactado, al mayor grado posible, haciendo la actividad económica rentable y atractiva para el franquiciante.⁹⁸

El franquiciado también debe realizar las inversiones y desembolsos previstos en el contrato, y así adquirir equipo, materia prima, construir, y cumplir todos los requisitos de equipamiento y operación requeridos para cumplir con sus obligaciones. Esto incluye tener el personal necesario para operar el negocio. De igual forma debe seguir de forma completa y cabal las instrucciones del franquiciante, a menudo representadas en un manual de procedimientos u otro documento

95 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. "El Contrato de Franquicia Internacional. Página 311.

96 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 790.

97 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. "El Contrato de Franquicia Internacional. Página 320.

98 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. "El Contrato de Franquicia Internacional. Página 327.

análogo. Este manual es, por lo general, material confidencial, y consecuentemente debe mantener en absoluta reserva su contenido, así como los secretos empresariales del franquiciante.⁹⁹

Ante la terminación del contrato el franquiciado debe cesar el uso de la propiedad industrial que se puso a su disposición.¹⁰⁰

Finalmente, el franquiciado goza del derecho de beneficiarse del mercadeo y publicidad que haga el franquiciante, así como aquella que hagan otros franquiciados.¹⁰¹

5.5. La Competencia y el Antitrust

Es común ver referido el tema de competencia y "antitrust" en materia de franquicias. Esto es producto de que la franquicia fue utilizada por muchos años por las empresas norteamericanas de automóviles como una forma de eludir las prohibiciones legales que las mismas tenían para vender de forma directa vehículos a los consumidores finales.¹⁰² La competencia desleal no puede ser empleada en materia de franquicias y se entiende que éstas no pueden ser utilizadas como formas de realizar actos de competencia desleal de casas matrices con sus competidores.

Se ha dicho que las partes deben tomar las previsiones necesarias para no emplear el know how de una forma que beneficie a sus competidores, aunque sea de forma indirecta. Sin embargo, las medidas tomadas en este sentido no pueden ser empleadas como restricciones a la competencia.¹⁰³ Se pueden establecer condiciones razonables bajo las cuales un franquiciado no pueda entrar a participar del mismo negocio respecto al cual el franquiciante le ha transmitido el know how, sin embargo, dichas condiciones deben ser siempre por plazos y de formas razonables y proporcionales a las del negocio inicial.

5.6. Jurisprudencia Costarricense

Existe alguna jurisprudencia nacional en materia de contrato de franquicias, sin embargo no es de gran desarrollo. Recordemos que el contrato es atípico y consecuentemente se rige por la teoría general del contrato y la patología negocial común.¹⁰⁴

Respecto a la jurisprudencia existente, es primordialmente referida a violaciones en materia de exclusividad territorial, resoluciones por incumplimientos contractuales, distinciones con el contrato de distribución y materia de competencia.¹⁰⁵

99 GÓMEZ BARRANTES, NELSON ANTONIO. Op. Cit. Páginas 56.

100 LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. "El Contrato de Franquicia Internacional. Página 345.

101 GÓMEZ BARRANTES, Nelson Antonio. Estrategias de Protección del Know How en el Contrato de Franquicia de Servicios en Costa Rica. Página 54.

102 RUIZ, Juan Ignacio. "El Contrato de Franquicia..." P29

103 FOLSOM, Ralph H. International Business Transactions. Página 790.

104 GÓMEZ BARRANTES, Nelson Antonio. Estrategias de Protección del Know How en el Contrato de Franquicia de Servicios en Costa Rica. Página 90.

105 SOLÍS VIQUEZ, Marianela. Derechos y Obligaciones de Propiedad Intelectual en el Contrato de Franquicia. Página 77.

Es importante citar la resolución 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 de Comal, S.A. contra Derivados del Maíz Alimenticios, S.A. Esta sentencia se refiere a la violación de la exclusividad territorial y estableciendo que procede la resolución del contrato. También, podemos extraer de ella que la jurisprudencia nacional reconoce la existencia del contrato y sus condiciones esenciales. Dice la sentencia:

“la accionada, en una forma unilateral e injustificada, violó varias cláusulas relacionadas con los elementos del contrato de franchising, como son la exclusividad territorial que acordó tanto para la franquicia, pues se modificó la zona geográfica de distribución, antes del vencimiento del plazo, ya que fue montada otra planta en el territorio que se le había asignado contractualmente al actor (...) en su conducta la franquiciante varió las condiciones del contrato, incumpliendo de ese modo parte de las obligaciones que había adquirido, contraviniendo lo presentado 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 por el artículo 692 del código citado, con

indemnización de daños y perjuicios según lo autorizan los numerales 702 y 704 idem.”¹⁰⁶

Como se puede observar, en dicha sentencia se determinó por parte del Tribunal Superior Segundo que, ante una violación a la exclusividad territorial, procede la resolución del contrato con responsabilidad.

También cabe recalcar la existencia de la sentencia número 73 del 17 de Julio de 1996, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de Femaka S.A. contra Derivados de Maíz Alimenticio, S.A., que trata de un incumplimiento contractual. En dicha sentencia se indica que para que proceda la resolución del contrato, el incumplimiento debe ser grave. La sentencia también desarrolla de forma bastante adecuada la noción de franquicia y la compara con el contrato de distribución. Dice la sentencia:

“La contratación verificada entre las partes constituye un contrato mercantil moderno. Es el de franquicia. Ese tipo de convenio no está regulado por nuestro ordenamiento. Siguiendo la doctrina y los principios general del Derecho mercantil puede ser identificado jurisprudencialmente (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es un contrato de concesión mercantil. En él un empresario concedente, llamado franquiciante, se obliga a otorgar a un empresario concesionario, denominado también como franquiciado, la

distribución de sus productos o servicios, o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos exclusivos. En contrapartida, recibe una retribución, denominada en el common law como royalty. Esta puede consistir en un precio o porcentaje fijo o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado. Es diferente del contrato de distribución. Pese a ser ambos mercantiles. Este último otorga al empresario distribuidor el derecho de vender en un sector determinado los artículos producidos por el empresario concedente. Ellos mantienen un mismo precio en el mercado. Lo fija el productor y lo respeta el distribuidor. A falta de pago del cliente el distribuido paga porque él asume todos los riesgos una vez recibida la mercadería. Generalmente el distribuidor es un mayorista cuyos clientes son comerciantes detallistas quienes revenden en forma directa al público. El empresario concedente amplía sus negocios mediante empresas independientes. Con esto evita costosas estructuras administrativas y elude responsabilidades de diverso orden. En ambos las partes fijan un plazo y a falta de este se entiende indefinido. Por principio general, en ambos casos, quien incumple debe indemnizar. La diferencia principal entre ambos, señalada en el sistema del common law está en el know how; o saber como, en español. El franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa entregando los manuales

operativos y de funcionamiento necesarios Transmite todo el conocimiento indispensable para la explotación comercial”¹⁰⁷

La resolución de las ocho horas del catorce de abril de dos mil once, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de Merecumbé S.A. contra Álvaro Amador Gamboa, también se refiere a asuntos relativos al contrato de Franquicia. Según se explica en dicha sentencia, es una obligación esencial del franquiciante proveer al franquiciado con un manual de operaciones que permita la transmisión efectiva del know how, incluyendo no solo la capacitación del personal sino también los procedimientos administrativos de cómo manejar el negocio, y cuando este no lo haga, cae en un incumplimiento grave a los términos y condiciones del contrato de franquicia. Incluso, cuando el contrato entra en operación sin dicha transferencia tecnológica, el incumplimiento no se convalida con el paso del tiempo. Dice la sentencia:

“En otro orden de ideas, no es dable inferir que como el accionado puso en funcionamiento la sede de Cartago durante tres años sin contar con esos manuales o procedimientos, convalidó cualquier vicio acaecido. Tampoco procede entender que por eso se deba “castigar” la inercia en reclamarlos o considerar que actuó de mala fe, buscando sacar provecho de alguna actuación dolosa. La realidad determina que fue la actora quien incumplió

¹⁰⁶ 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 de Comal, S.A. contra Derivados del Maíz Alimenticios, S.A.

¹⁰⁷ Resolución N. 073 del 17 de Julio de 1996, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

sus compromisos y aun así lo demandó, sin reparar en cómo él salió adelante con el giro empresarial, pese a la infracción contractual. (...). De todos modos, como se explicó en el estudio e informe de franquicias suministrado por la señora Josefina Peralta Freitas, según lo valoró el Ad quem y tampoco cuestiona el recurrente, no se proveyeron guías a las sedes regionales de cómo manejar el negocio y cada quién lo hizo “en forma intuitiva”, improvisando para dar marcha a la empresa, “... lo que significa que Merecumbé S.A. no cumplió con su obligación contractual, y una de las más importantes, como era el darles los manuales o capacitaciones sobre el cómo manejar y desarrollar un negocio de éstos (sic), porque el Know how no se trata, de darle capacitación a los instructores de baile, de permitir el uso del nombre comercial y darle el método de enseñanza del baile popular, eso es importante pero no es todo, ya que debía enseñarle al franquiciario cómo se maneja administrativamente un negocio como éstos (sic)...”, tal y como se razona en la sentencia impugnada. Esa circunstancia pesó en detrimento del franquiciado, quien como lo explicó la señora Peralta Freitas, tuvo que enfrentarse a un manejo administrativo ayuno de las políticas de la sede central y por ello “intuitivo”; sin embargo, parece que eso tampoco interesó a la accionante, pese a lo acordado. En síntesis, el señor Amador Gamboa, en ejercicio de sus derechos de defensa y de acceso a la justicia, no solo se opuso a la demanda alegando la defensa de contrato no cumplido, sino que reconvino con válida pretensión de que se declare en

sentencia el incumplimiento de Merecumbé S.A. y la forma en que se ha resuelto este litigio no vislumbra ninguno de los quebrantos legales que se le atribuyen al órgano sentenciador.”

Ha existido otras sentencias contra franquicias nacionales, como son los ejemplos de dos casos promovidos contra McDonalds. El primero de ellos, la sentencia del tribunal primero civil de las ocho horas quince minutos del veintitrés de enero de dos mil once, trata sobre un caso en cual McDonalds envió una hamburguesa por su servicio express que contenía un “trapo sucio”. Según se resolvió, procede la responsabilidad civil del caso, por existir una responsabilidad objetiva frente al consumidor por parte del franquiciado. La sentencia indica:

“El Juzgado desestima la indemnización porque fue valorada bajo la óptica de la responsabilidad civil subjetiva, sin que se haya demostrado, en su criterio, de un daño lo suficientemente grave para fijar una suma. Reconoce la juzgadora la presencia del pedazo de tela y que constituye una molestia evidente, pero le resta trascendencia e, incluso, sostiene que el actor es poco tolerante a tales vicisitudes. Su decisión, entonces, lo sustenta en las reglas de la responsabilidad subjetiva. En ese punto en concreto es donde discrepa el Tribunal. El reclamo descansa en la violación a los derechos del consumidor, normativa que impone al agente económico una responsabilidad objetiva.

Lo importante, en forma objetiva, es que el consumidor no recibió el servicio a satisfacción tal y como lo había ordenado. La única causa de exoneración, prevista en la norma, es que se demuestre que la demandada es ajena al daño. Queda desvirtuada porque la caja con el trapo o limpión salió del restaurante del Parque La Paz al bufete del actor, quien había ordenado la comida por teléfono. Lo sucedido es lamentable, pero la empresa debe responder por imperativo legal.”

El segundo caso se refiere a un “rezbalón” en las instalaciones de McDonalds del centro comercial de Guadalupe. En ella se condena al franquiciado de McDonalds a pagar daños y perjuicios al haberse determinado que las lesiones sufridas por el accionante se generaron al haberse rezbalado con una mayonesa que estaba en el piso del local, habiendo consecuentemente generado un daño el franquiciado. La sentencia de la Sala Primera de la Corte número 575, de las diez horas del diecisiete de octubre del dos mil tres indica:

“... Sin embargo, pese a que la sentencia de primera instancia consideró como hecho probado “i)”, que “La sociedad demandada, implementa altos controles de calidad en materia de higiene y limpieza en sus restaurantes, para lo cual se da entrenamiento especial a sus colaboradores y empleados. Existe un manual de procedimientos, para el ejercicio de esas labores en cada restaurante”, y con ese sustento expresar que la actora no demostró la responsabilidad

directa de la empresa demandada con respecto a su caída, pues, más bien, “Se ha demostrado en autos que la empresa en cuestión es cuidadosa en la limpieza e higiene en sus establecimientos, existe en la misma un manual de procedimientos para realizar labores de limpieza, lo anterior con el fin de evitar los riesgos y dar confianza a sus clientes” (folio 283), lo cierto es que el Tribunal, expresamente, eliminó ese hecho probado y, con ello, el argumento de la recurrente de haber observado un idóneo estándar de calidad y seguridad en el servicio quedó ayuno de respaldo probatorio. Se insiste, los agravios relativos a violaciones indirectas que se achacan al fallo impugnado, no han tenido la virtud de modificar lo resuelto, por desatender los requisitos de claridad y precisión contenidos en los artículos 596 y 597 ambos del Código Procesal Civil y los aspectos de técnica procesal que exige el canon 595, inciso 3, del mismo código, conforme se explicó en el considerando VII, todo lo cual lleva a que la demandada, contrario a lo que afirma, no cumpliera con la previsión legal del artículo 32 (hoy 35) de la Ley 7472, cuando en su párrafo segundo estatuye: “Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.”

Las sentencias citadas son de los pocos casos que nuestra jurisprudencia ha conocido respecto a temas de franquicias, sin embargo como se puede observar, ha existido algún desarrollo en cuanto a la naturaleza del contrato, las consecuencias de su incumplimiento y la responsabilidad que éstas tienen frente al consumidor.

6. Patología

6.1. Terminación del Contrato por Mutuo Acuerdo

En primera instancia, en materia de patología, debemos indicar que el contrato admite su terminación por mutuo acuerdo. Los efectos de dicha terminación son la extinción de las obligaciones de cada una de las partes sin efecto retroactivo.¹⁰⁸

6.2. Resolución por Imposibilidad Sobreviniente

En segunda instancia podemos indicar que es posible que se produzca la resolución del acuerdo por imposibilidad sobreviniente. Esta se genera cuando se torna imposible su objeto, pues surge alguna circunstancia que impida de forma material su ejecución. Por ejemplo podría haberse la muerte del franquiciado. También se podría generar si los bienes o servicios objeto de la franquicia salen del comercio de los hombres.¹⁰⁹

6.3. Resolución por incumplimiento

Finalmente, siendo que se le aplica al contrato de franquicias la patología negocial común, se puede generar su resolución por incumplimiento. En este sentido, es admisible solicitar su cumplimiento forzoso o

la resolución del contrato con derecho a daños y perjuicios a favor de la parte cumplimente por parte de la incumpliente. Lo más usual será que se acuda al segundo remedio, pues recordemos que para el buen desarrollo de la franquicia es necesaria la cooperación franquiciante/franquiciado, que será difícil lograr entre la hostilidad de un clima litigioso de cumplimiento forzoso. Recordemos también que la resolución por incumplimiento, al igual que en cualquier contrato, procede únicamente ante un incumplimiento grave, pues ante un incumplimiento sin consecuencias y de dimensiones menores debe procurarse el mantenimiento del contrato.¹¹⁰ En este sentido dice Carolina Flores Bedoya que *“La doctrina en general ha considerado que el incumplimiento debe estar revestido de cierto grado de importancia para que posibilite el ejercicio del derecho al resolver el contrato. El incumplimiento debe impedir el normal desenvolvimiento de la relación contractual, teniendo en cuenta el interés de la parte contraria.”*¹¹¹

7. Conclusiones

El contrato de franquicia es un instrumento útil y dinámico, que obedece a las necesidades del tráfico mercantil moderno. Como abogados practicantes, jueces y operadores del derecho, es imperativo conocer y tener

nociones básicas, como las presentadas en este trabajo, respecto al instituto, sus características, clasificación y patología contractual.

Las franquicias presentan una serie de ventajas respecto a otros contratos de similar naturaleza, que le permiten a las partes lograr maximizar los beneficios de sus negocios y, dentro de un ámbito de cooperación, ofrecer al consumidor una alternativa competitiva, homogénea y consistente, para adquirir los bienes y servicios que requiere.

Debemos indicar que, como reflexión final, este instituto jurídico debe considerarse una alternativa viable y altamente provechosa a disposición del mercado, los empresarios y los consumidores; siempre y cuando las partes estén claras en cuanto a las implicaciones y consecuencias de su alcance.

BIBLIOGRAFÍA

BADILLA, Adrián. “El contrato de Franquicia como contrato atípico en Costa Rica”. Tesis para optar el título en Derecho, Universidad de Costa Rica. 1998.

BARRANTES GÓMEZ, Nelson Antonio. “Estrategias de Protección del Know How en el Contrato de Franquicia de Servicios en Costa Rica.” Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2010.

BOROLAN, Donald. “La ventaja del Franchising”. Editorial Macchi. Buenos Aires, Argentina. 1993.

FARINA, Juan. “Contratos comerciales modernos, modalidades de contratación empresarial.” Editorial Astrea. Buenos Aires 1993.

FLORES BEDOYA, CAROLINA. “Patología del Contrato de Franquicia Comercial. Tesis para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1999.

FOLSOM, RALPH H. “International Business Transactions”. West Group. St. Paul, Minnesota. Estados Unidos de America. 1999.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. “La Franquicia”. Editorial Trivium, S.A. Madrid. 1991.

GHERSI, Carlos. “Contratos civiles y comerciales”. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1992.

GONZALEZ, Adriana; MONCADA, Indiana. “El contrato de franquicia y la dependencia que crea en el empresario franquiciado”. Tesis para optar el título de licenciado de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1998.

GONZALEZ, Enrique. “Franquicias: La Revolución de los 90’s” México. 1991.

108 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.66.

109 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.67.

110 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.71.

111 FLORES BEDOYA, Carolina. Patología del Contrato de Franquicia Comercial. P.72.

JIMENEZ, Fabio; FUENTES, Bernal. "El contrato de Franchising (El contrato de Franquicia Comercial)". IJSA. 1995.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Aproximación al 'Franchising'" en UNIVERSIDAD DE LIMA. "Derecho Civil". Publicaciones de la Universidad de Lima. 1992.

KLEIDERMACHER, Jaime. "Aspectos económicos y jurídicos". Buenos Aires. 1992.

LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. "El Contrato de Franquicia Internacional". 2a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2007.

Ley de Protección al Representante y Distribuidor de Casas Extranjeras, número 6209 del 9 de marzo de 1978.

PÉREZ VARGAS, Víctor. "Contratos de distribución, representantes de Casas Extranjeras y Responsabilidad". Revista Judicial número 52. 1990.

PÉREZ VARGAS, Víctor. "El Contrato de FRANQUICIA Comercial: La regulación de las franquicias comerciales en Europa y su posible incidencia en América Latina". Revista Judicial Número 56. 1992.

PÉREZ VARGAS, Víctor. "Derecho Privado". Tercera Edición. Imprenta LIL, S.A. 1994.

PÉREZ VARGAS, Víctor. "Jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Período de 1990 a 1997) y resoluciones de Tribunales Superiores Civiles para el estudio del Derecho Privado". Imprenta LIL, S.A. 1997.

PÉREZ VARGAS, Víctor. "La regulación de las franquicias comerciales en Europa y su posible incidencia en América Latina. XXIX. Conferencia Interamerican Bar Association. San José, Costa Rica. Noviembre, 1991.

RIBERA, Carlos Enrique. "Franchising: Noción y funcionamientos del contrato". En Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial del Colegio de Abogados de San Isidro. "Estudios de Derecho Comercial N°5". 1989.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. "Contratos Económicos Modernos. 1a. ed. San José, Costa Rica. Editorama, 2004.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio. "El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia". Editorial Civitas. 1991.

RUSS, Federico. "Marketing". Boston, 1982.

SOLÍS VIQUEZ, Marianella, y CAMPOS ZUÑIGA, Grace. "Derechos y Obligaciones de Propiedad Intelectual en el Contrato de Franquicia". Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2005.

JURISPRUDENCIA

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 de Comal, S.A. contra Derivados del Maíz Alimenticios, S.A.

Resolución N. 073 del 17 de Julio de 1996, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

INTERNET

Forcalidem. Fromadores y Capacitadores de Líderes Empresariales. Aspectos Importantes para entender Que es una Franquicia. Tomado de la siguiente página web: <http://www.forcalidem.com/articulospdf/FORC-008-FRANQUICIAS.pdf>