

**RESEÑA DE LA GUÍA PARA LOS ACUERDOS DE
FRANQUICIA PRINCIPAL INTERNACIONAL DEL
INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN
DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT)**

Licda. Belquis Rosa Gallardo

Introducción	85
Primera Parte- El contrato de franquicia.....	86
1.1.- Definición de franquicia	86
1.2.- Tipos de franquicia	86
1.3.- La franquicia de formato comercial	87
1.3.1.- Elementos básicos de la franquicia de formato comercial	87
1.3.2.- Ventajas y desventajas de la franquicia	87
Segunda parte- Aspectos generales de la franquicia internacional.....	88
2.1.- Delimitación conceptual de la franquicia principal internacional y diferencias con otros contratos.....	88
2.2.- Negociación del contrato	90
Tercera Parte- El contrato de franquicia principal internacional.	
Sujetos, objeto y función económica. Derechos y obligaciones de las partes	91
3.1.- Sujetos	91
3.2.- Objeto	92
3.3.- Función.....	93
3.4.- Obligaciones del franquiciador	93
3.4.1.- Proporcionar información	93
3.4.2.- Formación.....	94
3.4.3.- Entrega de manuales	94
3.4.4.- Asistencia y otros servicios	94
3.4.5.- Otras obligaciones.....	94
3.5.- Derechos del franquiciador.....	95
3.6.- Obligaciones del subfranquiciador	95
3.6.1.- Apertura de operaciones piloto.....	95
3.6.2.- Plan de desarrollo.....	95
3.6.3.- Obligaciones operacionales	96
3.7.- Derechos del subfranquiciador.....	96
3.8.- Relación con el contrato de subfranquicia.....	96
Cuarta parte- Otras cláusulas del contrato de franquicia principal internacional	
4.1.- Duración y renovación del contrato	96

4.2.-	Publicidad de la franquicia.....	97
4.3.-	Suministro de equipo, productos y servicios	98
4.4.-	Propiedad intelectual.....	98
4.4.1.-	Marcas.....	98
4.4.2.-	Derechos de autor	99
4.5.-	Know How y secretos comerciales.....	99
4.6.-	Modificaciones al sistema de franquicia	100
4.7.-	Venta, cesión y transferencia de la franquicia	101
4.8.-	La Responsabilidad por hechos de otro, indemnización y seguro	102
4.8.1.-	Responsabilidad por hechos de otro	102
4.8.2.-	Indemnización	102
4.8.3.-	Seguros	103
4.9.-	Disposiciones sobre acciones en caso de incumplimiento contractual	104
4.9.1.-	Rescisión	104
4.9.2.-	Otras acciones distintas de la rescisión	105
4.10.-	Disposiciones relativas a la terminación de la relación y sus consecuencias	106
4.10.1.-	Modos en que puede terminar la relación.....	106
4.10.2.-	Consecuencias de la terminación del contrato.....	106
4.11.-	Disposiciones sobre el derecho aplicable	107
4.12.-	Disposiciones sobre resolución de conflictos	107
4.12.1.-	Resolución de conflictos a través de negociación, mediación y conciliación	108
4.12.2.-	Resolución de conflictos mediante litigio.....	108
4.12.3.-	Resolución de conflictos mediante arbitraje	109
4.13.-	Cláusulas generales	109
4.13.1.-	Cláusula de separabilidad	109
4.13.2.-	Cláusula de acuerdo completo.....	109
4.13.3.-	Cláusula de renunciass.....	109
4.13.4.-	Cláusula de fuerza mayor y excesiva onerosidad.....	110
4.13.5.-	Cláusulas relativas a la naturaleza del contrato.....	110
4.13.6.-	Cláusulas relativas a los derechos cumulativos.....	111
4.13.7.-	Cláusula sobre notificaciones.....	111
4.13.8.-	Cláusula sobre daños.....	111
 Quinta Parte- Otros aspectos a tener en cuenta para la celebración del contrato		
5.1.-	Documentos accesorios	111
5.2.-	Exigencias normativas.....	112
 Conclusiones		
Bibliografía.....		
		113
		114

Introducción

De todos es conocido el desarrollo que el contrato de franquicia ha tenido en las últimas décadas. Este instrumento, nacido a finales del siglo XIX, ha permitido la expansión tanto nacional como internacional de una gran variedad de negocios, al punto de que hoy día se pueden encontrar establecimientos que funcionan bajo este sistema prácticamente en todo el mundo, con contadas excepciones.

En nuestro país se ha escrito bastante sobre el contrato de franquicia en general,¹ por lo que nos pareció interesante dedicar este trabajo a la franquicia en el plano internacional, para lo cual acudimos a la Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, elaborada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), en el año 2005 (en adelante, La Guía). De esta forma, dejaremos de lado lo atinente a la franquicia de unidad o a la que se desarrolla dentro del mismo país, para dedicarnos la problemática que se presenta en la relación de franquicia internacional y específicamente, cuando la franquicia se desarrolla como franquicia principal. Debe entenderse además que la Guía se refiere a las franquicias de formato comercial, o sea, aquellas que incluyen no sólo la posibilidad para el franquiciado de comercializar bienes o servicios bajo la marca del franquiciador, sino también la implementación de todo el modelo de negocios de éste en los establecimientos franquiciados.

La Guía de Unidroit para los acuerdos de franquicia principal internacional no es un

compendio de legislación o de jurisprudencia. Más bien, desarrolla con gran amplitud y profundidad los diferentes problemas a los que se pueden enfrentar las partes a la hora de introducir una franquicia en un territorio nuevo y de redactar los contratos respectivos, y ofrece diferentes alternativas para solucionar esos problemas. También establece una lista muy detallada de las diferentes cláusulas que deben ser incluidas en el contrato, y de aquellas que si bien no son esenciales, pueden ser incluidas para asegurar un mejor desarrollo de la relación de franquicia. Dada la falta de regulación de esta figura en nuestro país y el hecho de que cada día se establecen nuevas franquicias en nuestro territorio -sin excluir por supuesto la posibilidad de que también franquicias originadas en Costa Rica puedan expandirse a otros países- creemos que es de fundamental importancia el estudio de esta Guía, que puede ser de gran ayuda en la negociación y firma de un contrato de franquicia principal internacional.

Para una mejor comprensión del tema, hemos tratado de agrupar el contenido de la Guía en una forma más didáctica, comenzando por un esbozo general del contrato de franquicia, para después entrar de lleno a analizar los aspectos del contrato desarrollados en la Guía.

Aclaremos que este trabajo se ha centrado en realizar una síntesis lo más clara posible de la Guía, que por su extensión puede ser difícil de consultar; por tanto, salvo que se mencione lo contrario, todo el texto ha sido extraído de la misma, y no haremos referencias constantes a

1 Al respecto, véanse las obras Contratos Económicos Modernos, de Jorge Enrique Romero Pérez; El Contrato de Franchising, de Bernal Fuentes y Fabio Jiménez; El Contrato de Franquicia Comercial, de Marianela Carvajal Carvajal (En Revista Judicial No. 87); El Contrato de Franquicia, de María del Rocío Madrigal Salazar (En Revista Judicial No. 93), entre otros.

sus páginas o capítulos, porque equivaldría a hacer citaciones prácticamente en cada línea o párrafo. Así, cuando se trate de una opinión propia, se hará el comentario correspondiente, y si se citara otra fuente, se introducirá la respectiva referencia al pie de página.

Primera Parte- El contrato de franquicia.

Si bien la Guía desarrolla los aspectos más importantes relativos al contrato de franquicia principal internacional, en su Anexo 1 contiene algunas nociones generales sobre la franquicia, los tipos de franquicia, los elementos que forman la misma, y sus ventajas y desventajas. En esta primera parte haremos un breve resumen de estas nociones generales, de forma que sea más fácil comprender el resto del trabajo.

1.1.- Definición de franquicia.

La Guía no incluye una definición de franquicia en general, sino únicamente referida a la franquicia principal internacional, la cual veremos más adelante. Sin embargo, para efectos de facilitar la comprensión del tema, incluimos la definición dada por la Cámara de Comercio Internacional y citada por Fuentes y Jiménez², y que establece que la franquicia es “un sistema de colaboración entre dos empresas diferentes pero ligadas por un contrato en virtud del cual una de ellas concede a la otra, mediante el pago de una cantidad y bajo condiciones bien determinadas, el derecho de

explotación de una marca o fórmula comercial representadas por un símbolo gráfico o un emblema, y asegurándole al mismo tiempo una ayuda y unos servicios regulares destinados a facilitar esta explotación”.

De esta definición se desprenden los elementos fundamentales de la franquicia que veremos más adelante en el punto 1.3.1.

1.2.- Tipos de franquicia

En la doctrina existen diversos criterios para clasificar las franquicias, ya sea por el sector de su actividad, el nivel de integración de la red, la forma específica que adopte la franquicia, etc.³ La Guía por su parte recoge dos formas de clasificar las franquicias. La primera forma es la que las clasifica en franquicias industriales, de distribución, y de servicio.⁴ La segunda forma las divide en franquicias de distribución de productos, y franquicias de formato comercial.

Las franquicias industriales, también llamadas por algunos autores de producción,⁵ son definidas por la Guía como aquellas en las que se otorgan licencias de fabricación basadas en patentes y/o know how técnico, acompañadas por licencias de marcas. Las franquicias de distribución, por su parte, son aquellas relativas a la venta de productos. Las franquicias de servicio, finalmente, como su nombre lo indica se refiere a la prestación de servicios.

La segunda clasificación, a nuestro juicio más importante, se refiere a las franquicias de distribución de productos como aquellas en las que el franquiciado vende productos fabricados o suministrados por el franquiciador, bajo las marcas de éste, a cambio del pago de cuotas. Las franquicias de formato comercial, por su parte, son aquellas donde se concede el derecho a utilizar un formato comercial específico, y son las que encontramos prácticamente en casi todas las franquicias más conocidas, como Pizza Hut, McDonald’s, Holiday Inn, etc. Esta clasificación en franquicias de distribución de productos y franquicias de formato comercial se encuentra establecida en la CCH Business Franchise Guide, una guía elaborada en los Estados Unidos de América que incluye las leyes federales y estatales que regulan la compra y operación de cualquier franquicia.⁶

1.3.- La franquicia de formato comercial

Como mencionamos en la introducción, este es el tipo de franquicia a la que se refiere la Guía, razón por la cual veremos a continuación algunos de sus elementos básicos.

1.3.1.- Elementos básicos de la franquicia de formato comercial

Los elementos básicos de la franquicia de formato comercial son:

- El franquiciador, empresario que ha desarrollado un sistema de hacer negocio que funciona, y que decide conceder a otro empresario, el franquiciado, el derecho a utilizar este sistema;

- Ambos empresarios son legal y económicamente empresas independientes;

- El derecho a utilizar el sistema de franquicia conlleva el derecho del franquiciado a utilizar los activos del franquiciador, incluyendo su know-how, en la forma de los métodos comerciales y técnicos que son parte de su sistema, sus marcas y otros derechos de la propiedad intelectual;

- El franquiciado se compromete a seguir el método elaborado por el franquiciador y a pagar la compensación que se le pida,

- El franquiciador conserva los derechos de supervisión sobre la manera en que el franquiciado implementa el sistema de franquicia; y se compromete a proporcionar al franquiciado formación y asistencia continua.

- El contrato puede contener otros compromisos, como la exclusividad territorial, la exclusividad de producto, cláusulas de confidencialidad y de no competencia, etc., todo lo cual veremos en detalle más adelante.

1.3.2.- Ventajas y desventajas de la franquicia

Para el franquiciado, esta forma de hacer negocios supone varias ventajas importantes. Primeramente, en muchos casos entrará al mercado portando una marca o nombre comercial conocidos, por lo que ya tendrá una clientela potencia. Sin embargo, aún en los casos en que la franquicia no sea conocida en el país anfitrión (donde se establecerá) siempre se trata de un negocio

2 Fuentes, Bernal, y Jiménez, Fabio. El Contrato de Franchising. Primera Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2000, pág. 61.
3 Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Primera Edición. Editorial Editorama, San José, Costa Rica, 2004, pág. 195-197.
4 En el mismo sentido, véase Carvajal Carvajal Marianela, El contrato de franquicia comercial, Revista Judicial # 87, publicada en <http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/DOCS/revista%20judicial/RevJud87/principal.htm>, consultada el 5-10-09.
5 Fuentes, Bernal, y Jiménez, Fabio. Op. Cit., pág. 77.

6 http://www.wsicorporate.com/article/cch_business_franchise_guide. Revisado el 18 de octubre de 2009.

que ya demostró su viabilidad y éxito en el país de donde es originario. Al no tener que invertir en dar a conocer la franquicia, la inversión que tiene que hacer el franquiciado es considerablemente menor. Se menciona como ventaja también que el índice de fracaso de las franquicias es muy inferior al de los negocios tradicionales, lo cual dependerá en todo caso del grado de madurez del sistema de franquicia, según la Guía. Otra ventaja para el franquiciado es la formación y asistencia que le proporcionará el franquiciador, y que le pondrá en una situación ventajosa frente a sus competidores. Por último, se menciona como ventaja la publicidad coordinada como medio eficaz para difundir una imagen unitaria de la red.

Para el franquiciador, por su parte, la franquicia supone la posibilidad de expandir su negocio de forma relativamente rápida sin tener que hacer inversiones directas y de llegar a mercados más pequeños a través de los franquiciados; y de percibir cuotas de los franquiciados. Todo esto podrá lograrlo sin tener la carga de la responsabilidad por actos u omisiones del franquiciado, ya que son empresarios independientes.

Sin embargo, como todo negocio, la franquicia también tiene sus desventajas para ambas partes. El franquiciado, por ejemplo, aunque es legal y financieramente independiente, tiene la obligación de seguir las políticas de empresa que dicta el franquiciador, quien tomará todas las decisiones importantes. Otra desventaja es el control que el franquiciador ejerce sobre el franquiciado, y que puede llegar a ser excesivo. Tampoco tiene el franquiciado la garantía de que su contrato será renovado cuando expire, por lo que cabe la posibilidad de que el franquiciador en ese momento tome posesión del negocio

desarrollado por el franquiciado. Además, el franquiciado es el que corre con el riesgo económico del negocio, pues perderá el dinero invertido si fracasa. A esto debe sumarse el hecho de que las ganancias, como en cualquier negocio, son inciertas, y que debe compartirlas con el franquiciador.

El franquiciador por su parte corre con un gran riesgo también: si falla la relación de franquicia, deberá sufrir las consecuencias como propietario de la franquicia, de las marcas y del nombre comercial. Si una unidad no se ajusta a los estándares de calidad establecidos, el franquiciador será quien sufra el daño en su prestigio, lo cual podría alcanzar a toda la red de franquicia. Esta es la razón del control que el franquiciador ejerce sobre los franquiciados.

Otra desventaja para el franquiciador es que los franquiciados se puedan separar del sistema y establecer negocios competitivos, aunque esto sea prohibido en los contratos. También se cuenta como desventaja la resistencia de los franquiciados a introducir cambios al sistema, en especial cuando estos suponen modernizar locales y comprar equipo nuevo. Finalmente, se hace mención a la obtención de una retribución económica menor a la que se tendría si se operara un local propio.

Segunda parte- Aspectos generales de la franquicia internacional

2.1.- Delimitación conceptual de la franquicia principal internacional y diferencias con otros contratos.

La Guía define el contrato de franquicia principal como aquel por el cual el franquiciador otorga a otra persona, llamada

subfranquiciador, el derecho a otorgar franquicias a subfranquiciados dentro de un cierto territorio, que en el caso de la franquicia principal internacional se referiría por supuesto uno o varios países extranjeros. Este derecho puede ser o no exclusivo, e incluir o prohibir que el sufranquiciador abra por sí mismo establecimientos de franquicia.

Como podemos ver, en este tipo de franquicia el subfranquiciador actúa a su vez como franquiciador en el país o países incluidos en el contrato. De esta forma, se dan en realidad dos contratos: el de franquicia principal internacional entre franquiciador y subfranquiciador, y el de franquicia de unidad entre subfranquiciador y subfranquiciados.

El contrato de franquicia principal internacional se encuentra poco regulado en la mayoría de los países, lo cual provoca que muchas veces se le identifique con otros contratos que pueden presentar algunas similitudes, pero cuya naturaleza es en realidad muy diferente. Así, se le ha asimilado al contrato de agencia comercial, lo cual es incorrecto, porque este contrato supone la actuación del agente por cuenta y en nombre del principal, mientras en la franquicia existe una relación entre dos empresarios independientes, que en principio no son responsables por las acciones u omisiones del otro. También, y más a menudo, se ha confundido la franquicia con un contrato de distribución, aún y cuando la distribución más bien es uno de los aspectos que puede formar parte del contrato de franquicia, pero no el único, ya que involucra otros elementos como las licencias de propiedad industrial, el know how y el asesoramiento técnico y comercial; además de que en la distribución el distribuidor compra los productos y los revende, cosa que no sucede en la franquicia. Otro de los contratos con que se confunde a la

franquicia es el de licencia, que al igual que la distribución, forma parte de aquel, pero no es el único elemento de la franquicia; se apunta además como diferencia fundamental la falta de control del licenciante sobre el formato comercial del establecimiento, al contrario de lo que sucede con la franquicia. Lo mismo sucede con los contratos de transferencia de tecnología (contratos de know how), con los que también en ocasiones se asimila la franquicia y cuyas leyes a veces son aplicadas a ésta.

Además del contrato de franquicia principal internacional, la franquicia puede realizarse de forma directa entre franquiciador y franquiciado, ya sea a través de la franquicia de unidad que se otorga a varios franquiciados individuales, o a través de contratos de desarrollo, que se firman entre el franquiciador y un promotor al que se otorga el derecho de abrir un número determinado de unidades dentro de cierta área y según un programa. En la determinación de cuál instrumento es más apropiado para cada caso, la Guía señala que deben tenerse en cuenta factores objetivos como el mercado (tipo de economía, inflación, disponibilidad de financiamiento, etc.), las consideraciones culturales (si hay tradición empresarial, las tradiciones nacionales, las costumbres religiosas), y el marco jurídico (existencia de legislación sobre contratos, propiedad intelectual y sociedades, etc.); así como factores subjetivos, como la naturaleza del negocio, la inversión a realizar por cada una de las partes y las posibilidades de ingreso para cada una (forma de distribución de las utilidades), la experiencia de las partes en relación con la operación de una franquicia, el grado de control del franquiciador sobre el franquiciado (que dependerá del tipo de instrumento, mientras mayor sea la participación del franquiciador, mayor será el

grado de control que ejerza), así como el grado de riesgo que el negocio supone para cada una de las partes. En general, la franquicia directa, en cualquiera de sus formas, se utiliza cuando se trata de países geográficamente cercanos, mientras que la franquicia principal es más usada para áreas geográfica y culturalmente más distantes.

2.2.- Negociación del contrato

A diferencia de lo que sucede con los contratos de franquicia de unidad, que generalmente son contratos de adhesión, en los de franquicia principal es común que las partes discutan ampliamente sobre sus términos. En este proceso de negociación la Guía hace hincapié en la importancia del deber de información que ambas partes, pero sobre todo el franquiciador, deben proporcionarse, y del deber de buena fe y lealtad en los negocios. Se hace mención además al hecho de que la relación entre franquiciador y subfranquiciador está contenida no sólo en el contrato, sino también en el manual para el sufranquiciador, el manual de operaciones que éste debe entregar a los subfranquiciados, guías de publicidad, y contratos separados sobre licencias de propiedad intelectual o de otro tipo (si fueren necesarios).

Se considera de gran importancia la redacción del contrato, que dependerá muchas veces del sistema de derecho -common law o civil law- del que derive el ordenamiento aplicable al contrato; por lo que podrá tratarse de un contrato muy detallado o de uno más corto que haga referencia a la legislación vigente. Esto es importante por cuanto los tribunales de los países que se rigen por el common law son muy estrictos a la hora de interpretar un contrato, mientras que los de los países que se rigen por el civil law incorporan

la legislación relacionada con el contrato para su interpretación y para determinar ciertas obligaciones no mencionadas expresamente en el contrato, pero que derivan de la ley. En estos países además se entenderán obligatorias aún las disposiciones legales no imperativas, si las partes no han establecido algo diferente en el contrato. Igualmente, se considera que algunos principios generales son aplicables aún cuando no sean expresamente mencionados en el contrato, como es el caso de la buena fe, por lo que una cláusula contractual que vaya en contra de este principio podría ser anulada. Esto no es posible en los países que se rigen por el common law, si bien según señala la Guía, es cada vez más común que el principio de buena fe sea reconocido en las decisiones de los tribunales.

La Guía recomienda que el contrato de franquicia principal se ajuste más a las necesidades del franquiciador en cuanto a idioma y redacción, y los contratos de subfranquicia se redacten según las exigencias del país donde vayan a establecerse las unidades. En cuanto al idioma, deberá respetarse lo establecido en las legislaciones nacionales, en especial en relación con los documentos que deben ser registrados, como los contratos de licencia. Especial importancia tiene el idioma cuando se trata de los manuales operativos, que deben entregarse en el idioma de los subfranquiciados.

La Guía también señala la importancia del Preámbulo del contrato, donde se pueden aclarar conceptos, derechos y deberes generales, definir el sistema de franquicia y los elementos que lo constituyen, mencionar la legislación aplicable al contrato, etc. El Preámbulo puede ser utilizado por un tribunal o panel arbitral para interpretar el contrato, sobre todo en países donde la franquicia no

es un contrato bien conocido, como es el caso de Costa Rica.

Por último, debe recordarse que al extender la franquicia al extranjero, el franquiciador deberá adaptar su contrato de franquicia a las condiciones nacionales del país anfitrión, para lo cual debe considerar factores como el idioma, la moneda en que se realizarán los pagos, los impuestos, la forma en que se debe manejar la propiedad intelectual, las diferencias culturales, las leyes sobre competencia, etc.; consideraciones en las que será de gran ayuda el subfranquiciador, por su mejor conocimiento del país y del mercado.

Tercera Parte- El contrato de franquicia principal internacional. Sujetos, objeto y función económica. Derechos y obligaciones de las partes.

3.1.- Sujetos

Como ya mencionamos, el contrato de franquicia principal internacional difiere un poco del contrato tradicional de franquicia. Los sujetos del contrato principal siguen siendo dos: el franquiciador y el subfranquiciador; sin embargo, dado el objeto particular de este contrato y la especial estructura de la franquicia principal, debe tenerse en cuenta también al subfranquiciado, aunque éste en realidad no sea parte de este contrato sino del de subfranquicia. Estos sujetos son empresas autónomas, independientes jurídica y financieramente.

El franquiciador o franquiciante es el dueño de un modelo de negocios para la producción de bienes o la prestación de servicios; modelo

que incluye las marcas, el nombre comercial, el know how, y otros derechos de propiedad industrial. El subfranquiciador, por su parte, es el principal responsable de la introducción del sistema de franquicia en el país anfitrión y del desarrollo posterior de la red de franquicias. Dentro del territorio que se le ha otorgado, actúa como franquiciador respecto de los subfranquiciados, por lo que es el encargado de reclutar, formar y supervisar la actuación de éstos, y proveerles de los servicios como “franquiciador”.

Los subfranquiciados, por último, son los que implementan el modelo de negocios obtenido a través de la franquicia en establecimientos individuales (unidades de franquicia) que comercializan los bienes o servicios directamente a los usuarios finales.

Es de vital importancia para el éxito de la franquicia que el franquiciador escoja como subfranquiciador a una persona con la experiencia y conocimiento necesarios para introducir la franquicia en el país anfitrión. Las condiciones personales del subfranquiciador (o de sus directivos, si se trata de una persona jurídica) son fundamentales a la hora de determinar a quién otorgar la franquicia, sobre todo teniendo en cuenta que estos contratos son por lo general de larga duración, como veremos más adelante. De igual forma, el subfranquiciador deberá asegurarse de que el franquiciador tiene la experiencia necesaria en el manejo de franquicias que le permita asumir y cumplir sus obligaciones de asesoramiento y transmisión del know how, entre otras. Es por estas razones que al contrato de franquicia se le considera un contrato “intuitu personae” o en consideración a su persona.⁷

7 Romero Pérez, Jorge Enrique. Op. Cit., págs. 189 y 351.

Usualmente, el franquiciador se relacionará únicamente con el subfranquiciador, y éste con los subfranquiciados, estableciendo una cadena en la cual el subfranquiciador es el eslabón intermedio. Esto facilita el funcionamiento de la franquicia, ya que generalmente el subfranquiciador conoce mejor el mercado del país anfitrión y sus costumbres; además de que protege al franquiciador de posibles responsabilidades respecto a los subfranquiciados y a los usuarios de éstos. Sin embargo, en ocasiones será necesario que el franquiciador se relacione directamente al subfranquiciado, en especial cuando se trata de la ejecución de derechos de propiedad intelectual, si la legislación nacional así lo exige. En estos casos, las relaciones contractuales directas se crean comúnmente a través de un contrato de licencia celebrado directamente entre el franquiciador y el subfranquiciado, que puede formar parte de un contrato de franquicia tripartito entre franquiciador, subfranquiciador y subfranquiciado, o que puede ser un contrato independiente, pero paralelo tanto en su firma como en su ejecución, al contrato de subfranquicia.

Por otra parte, el franquiciador puede reservarse la facultad de inspeccionar y controlar los establecimientos subfranquiciados, para asegurarse de que han implementado correctamente el modelo de negocios. Esto, sin embargo, no es recomendable, ya que desnaturaliza al contrato de franquicia principal al invadir competencias que son del subfranquiciador, y expone al franquiciador a responsabilidades legales que usualmente no tendría, al considerársele como posible responsable por las acciones de los subfranquiciados.

3.2.- Objeto

A diferencia del contrato de franquicia directo, que se refiere a la transmisión del

modelo de negocios, en el contrato de franquicia principal se transmite tanto el modelo de negocios como el derecho a otorgar subfranquicias, o sea, a transmitir el mismo modelo a terceros; a cambio de un pago (que consiste generalmente en una cuota inicial y regalías periódicas). Por tratarse de una estructura en tres niveles, es entonces de gran importancia que tanto en el contrato de franquicia principal como en los contratos de subfranquicia se determine claramente cuáles son los derechos otorgados. El contrato de franquicia principal debe incluir una cláusula de otorgamiento que determine qué activos del franquiciador se licencian al subfranquiciador, para qué pueden ser utilizados, el territorio en que pueden ser utilizados, el plazo de dicha utilización, y el grado de exclusividad en el uso. Estos activos, para efectos prácticos, son incluidos en el contrato bajo dos categorías básicas: el sistema, que comprende el modelo de negocios, incluyendo el know how; y las marcas, que se refieren a las palabras o símbolos que identifican al sistema de franquicia y lo distinguen de otros.

El sistema se refiere básicamente al know-how, que representa el conjunto de experiencia ganada por el franquiciador en el curso de su actividad como empresario y como franquiciador. Es esta experiencia la que el franquiciador ha utilizado para desarrollar procedimientos y métodos que son efectivos para su tipo de negocios, y se complementa con el uso de las marcas, que contribuyen a formar la imagen del negocio (la apariencia general de las operaciones franquiciadas) y a dar más valor al propio know how. En general, el otorgamiento incluye el derecho a utilizar tanto el know how en su totalidad, como las marcas, así como a sublicenciarlos, para poder transmitirlo a los subfranquiciados. La Guía menciona que entre los derechos de propiedad

intelectual que pueden incluirse en la cláusula de otorgamiento está el derecho de autor, en referencia a los materiales publicitarios, manuales de operaciones, software, menús, etc.; así como las patentes de invención.

En cuanto a la forma de utilización del sistema (know how), la cláusula de otorgamiento puede establecer tres posibilidades: el subfranquiciador puede sublicenciarlo a otros, puede desarrollar y dirigir sus propias unidades franquiciadas utilizando el sistema, o puede hacer ambas cosas. El otorgamiento de derechos sobre las marcas, por su parte, puede restringirse a los derechos necesarios para que el subfranquiciador pueda otorgar sublicencias y a la utilización de las marcas para el reclutamiento, nombramiento y supervisión de subfranquiciados.

Finalmente, la Guía menciona la importancia de determinar correctamente el territorio donde se podrán ejercer esos derechos, de forma que sea apropiado a los recursos económicos o humanos de que disponga el subfranquiciador. El territorio debe establecerse en la cláusula de otorgamiento, la cual debe incluir además cualquier restricción a los derechos otorgados, si el franquiciador se reserva algunos de ellos, y si los derechos son exclusivos para el territorio o no.

Más adelante desarrollaremos lo relativo a marcas y know how con más detalle, al referirnos a las cláusulas del contrato.

3.3.- Función

El contrato de franquicia principal internacional persigue la finalidad de reproducir en el país anfitrión el modelo comercial que el franquiciador ha probado con éxito en su propio país. Para lograr que esa reproducción sea lo

más exacta posible, se utilizan los contratos de franquicia principal y subfranquicia, mediante el otorgamiento del derecho al uso tanto de las marcas que identifican al franquiciador como del sistema (know how) que éste ha implementado y probado con anterioridad. De esta forma se construye una estructura vertical que incluye al franquiciador, al subfranquiciador, y a una red de establecimientos franquiciados, a través de los cuales se realiza la distribución de bienes y servicios de igual calidad al usuario final. Se trata, por tanto, de un contrato de colaboración entre los sujetos que lo forman, cuyo fin es precisamente, la distribución de los bienes y la prestación de los servicios.

3.4.- Obligaciones del franquiciador.

La Guía divide las obligaciones del franquiciador en dos tipos: las que se producen al iniciarse el contrato (obligaciones iniciales) y las que perduran durante toda la ejecución de este (obligaciones continuas). Estas obligaciones deben estar claramente establecidas en el contrato, e incluyen en lo fundamental:

3.4.1.- Proporcionar información.

- información inicial: se entrega al subfranquiciado una vez que se ha firmado el contrato. Esta información permitirá al subfranquiciado adaptar el sistema de franquicia a las condiciones del mercado local. Generalmente se transmite a través de la formación inicial y los manuales de operaciones.

- información continua: se refiere a la obligación del franquiciador de proporcionar información de forma regular al subfranquiciado sobre mejoras al sistema y acontecimientos que puedan afectar a la red de franquicias.

3.4.2.- Formación

Formación inicial: el franquiciador debe transmitir al subfranquiciador todos los conocimientos necesarios para que éste pueda establecer y administrar la red de franquicia, incluyendo habilidades específicas como el uso de cierto software o el manejo de máquinas sofisticadas. Esta formación se da directamente al subfranquiciado, a sus gerentes o representantes, y es una condición fundamental para el éxito de la franquicia. Debe establecerse la forma, el costo, y los componentes de esa formación inicial.

Formación continua: se refiere a programas de formación adicional y de actualización. Dependiendo de la naturaleza de la franquicia implicada, estos programas de formación adicional pueden ser opcionales u obligatorios, y su duración y costo deberán también ser incluidos en el contrato.

3.4.3.- Entrega de manuales.

Esta es una obligación fundamental, ya que los manuales operativos contienen el know how y otros derechos de propiedad intelectual, sin los cuales no puede existir el contrato. De hecho, los manuales pueden, por disposición del propio contrato, considerarse como parte integral del mismo. El manual debe ser revisado por el subfranquiciador antes de firmar el contrato, bajo condición de confidencialidad, ya que de lo contrario podría considerarse que al no conocer su contenido, no pudo dar su consentimiento al respecto, lo cual podría viciar de nulidad al contrato. La Guía recomienda que para proteger el know how contenido en los manuales éstos deben ser entregados al subfranquiciador en calidad de préstamo, y deben ser devueltos al franquiciador al finalizar la relación contractual.

3.4.4.- Asistencia y otros servicios

La asistencia del franquiciador al subfranquiciador y aún a los subfranquiciados puede hacer la diferencia entre el éxito y el fracaso de la franquicia; de ahí que constituya otra de las obligaciones que pueden (y deben) ser incluidas en el contrato.

- asistencia inicial: se presta hasta la apertura de la primera operación piloto (lo cual veremos más adelante) y en ocasiones durante algún tiempo después. Su costo está generalmente incluido en la cuota inicial de la franquicia, y su duración dependerá tanto de dicha cuota como de lo negociado por las partes. La asistencia se brinda en relación con la operación de la franquicia, el manejo de personal, la contabilidad, etc.

- asistencia continua: se refiere a la obligación, establecida en algunos contratos, que tiene el franquiciador de proporcionar consejo y asistencia técnica en relación con cuestiones administrativas, operacionales y técnicas, durante todo el plazo del contrato. De esta forma, el subfranquiciador, en lugar de contratar asesores externos, utiliza la asesoría del personal calificado del franquiciador, que tiene mayor experiencia en el manejo de la franquicia.

3.4.5.- Otras obligaciones

Además de las obligaciones anteriores, el franquiciador puede obligarse a suministrar las mercancías que el subfranquiciador y los subfranquiciados necesitan, ya sea por sí mismo o a través de proveedores por él autorizados, lo cual garantizaría un cierto nivel de calidad. Asimismo, es generalmente obligación del franquiciador la promoción internacional de la red de franquicia, a través de la creación

de un fondo de publicidad al cual todos los subfranquiciadores contribuyen. Por último, la Guía menciona la obligación del franquiciador de proteger las marcas y otros derechos de propiedad intelectual, incluyendo el know how, que se licencien al subfranquiciador.

3.5.- Derechos del franquiciador

La guía no establece una lista de derechos, como lo hace con las obligaciones, por cuanto considera que en la mayoría de los casos los derechos del franquiciador se confunden con sus obligaciones, como es el control sobre la red, que es derecho en cuanto permite el control al subfranquiciador por parte del franquiciador, y deber en cuanto éste es responsable de salvaguardar la reputación de la red y asegurar que los niveles de calidad se mantengan. Se mencionan además otros derechos/obligaciones especificados en el contrato, entre ellos, el derecho a aprobar la ubicación de los establecimientos en el país anfitrión, el derecho a aprobar posibles subfranquiciados, el derecho a nombrar un director para la junta directiva del subfranquiciador o a recibir cuotas directamente de los subfranquiciados y el derecho a tratar directamente con los subfranquiciados con independencia de cualquier decisión tomada por el subfranquiciador. La propia Guía advierte que estos derechos modifican la naturaleza de la franquicia principal internacional y aumenta el riesgo de responsabilidad indirecta para el franquiciador, por lo que no es recomendable incluirlos en el contrato. Se menciona además la posibilidad de que el franquiciador conserve el derecho a realizar inspecciones periódicas a las unidades y de ofrecer al subfranquiciador consultas con respecto al funcionamiento de las unidades, así como incluso, la facultad

de sancionar a los subfranquiciados que incumplan.

3.6.- Obligaciones del subfranquiciador

El subfranquiciador tiene obligaciones tanto hacia el franquiciador como hacia los subfranquiciados. Respecto al primero, se obliga a dirigir el sistema como lo haría el franquiciador; respecto a los segundos, debe comportarse como un franquiciador responsable y asumir las obligaciones relativas al desarrollo y mantenimiento de la red de franquicia. Para introducir la franquicia en el país anfitrión y desarrollar la red, el subfranquiciador asumirá las siguientes obligaciones:

3.6.1.- Apertura de operaciones piloto.

A los subfranquiciadores se les exige abrir este tipo de operaciones con el fin de determinar si el negocio de franquicia es viable en el país anfitrión, y para ajustar el sistema al nuevo mercado. Con una operación piloto, el subfranquiciador podrá además identificar las exigencias legales aplicables y en el futuro, apoyar a los subfranquiciados con un nivel adecuado de asesoramiento.

3.6.2.- Plan de desarrollo.

Para asegurar el desarrollo ordenado y realista del territorio, es común que el franquiciador imponga al subfranquiciador un plan de desarrollo de la franquicia que incluya la velocidad a la cual las nuevas unidades subfranquiciadas deben abrirse. De esta forma se logrará la explotación adecuada del territorio. Sin embargo, este punto debe negociarse y establecerse cuidadosamente, ya que podría desincentivar al subfranquiciador

o incluso tentarlo a otorgar subfranquicias a personas no calificadas con el objetivo de cumplir el plan de desarrollo.

3.6.3.- Obligaciones operacionales.

En el contrato deben establecerse claramente los criterios que debe utilizar el subfranquiciador para seleccionar a los subfranquiciados, así como su obligación de darles formación. Una vez firmados los contratos de subfranquicia, el subfranquiciador debe garantizar que los subfranquiciados cumplan con los términos de dichos contratos, para lo cual se le debe asegurar el manejo flexible de la red. Deberá además garantizar que los subfranquiciados cumplan con sus obligaciones de proporcionar información financiera y de pagar puntualmente sus obligaciones. Es también su responsabilidad velar por el cumplimiento de las leyes de protección de propiedad intelectual, aunque le corresponde al franquiciador adoptar procedimientos de ejecución contra los infractores. En algunos casos el franquiciador exigirá que el subfranquiciador cuente con cierta estructura administrativa y operacional que le permita establecer y desarrollar la red.

3.7.- Derechos del subfranquiciador

La Guía no contiene una sección específica que recoja los derechos del subfranquiciador; sin embargo, estos son correlativos a las obligaciones del franquiciador, e incluyen el derecho a obtener, explotar (en algunos casos) y sublicenciar el sistema de franquicia, y a recibir información, formación y asistencia técnica del franquiciador.

3.8.- Relación con el contrato de subfranquicia.

Aunque no es el objeto principal de este trabajo, nos referiremos brevemente a los

lineamientos que establece la Guía respecto al contrato de subfranquicia, de forma que podamos comprender más fácilmente las relaciones entre las partes en la red de franquicia.

Si bien el subfranquiciador es quien generalmente escoge al subfranquiciado y firma el contrato con él, el franquiciador puede determinar la forma de este contrato, ya sea que imponga la utilización de su contrato de franquicia de unidad tipo con excepción de las cláusulas que entren en conflicto con leyes, costumbres, o prácticas comerciales obligatorias del país anfitrión, o que proporcione la estructura básica para el contrato, con algunas disposiciones obligatorias, pero dejando su redacción efectiva al subfranquiciador, lo cual sería lo más conveniente. En cualquier caso, el contrato de subfranquicia siempre tendrá que cumplir las leyes y reglamentos del país anfitrión, razón por la cual el subfranquiciador tiene más capacidad para decidir cómo debe redactarse el contrato, eso sí, siempre que respete el objetivo del contrato y el derecho del franquiciador de proteger el sistema de franquicia.

El franquiciador no es parte en este contrato; sin embargo, podría ser nombrado beneficiario, si las leyes del país lo permiten, a efectos de cobrar seguros, por ejemplo.

En caso de incumplimiento por parte de los subfranquiciados, es responsabilidad del subfranquiciador hacer cumplir el contrato. En el contrato deberá además señalarse algún medio por el cual los subfranquiciados puedan comunicarse directamente con el franquiciador, en caso de que se produzca un incumplimiento por parte del subfranquiciador.

Cuarta parte- Otras cláusulas del contrato de franquicia principal internacional.

Además de identificar a los sujetos, establecer los activos que se licenciarán, y

determinar los derechos y obligaciones de las partes, en el contrato de franquicia principal internacional se deberán incluir otras cláusulas de suma importancia para asegurar la buena marcha del negocio y facilitar las relaciones entre las partes. A continuación mencionamos algunas de ellas, siguiendo siempre las indicaciones de la Guía.

4.1.- Duración y renovación del contrato.

Es imprescindible que en el contrato se determine claramente cuál es su duración, si es susceptible de ser renovado y en caso afirmativo, cuál es el procedimiento de renovación.

Las partes deben negociar el plazo teniendo en cuenta que si bien al franquiciador le puede resultar más beneficioso establecer un plazo relativamente corto, esto no sólo podría ser perjudicial para el subfranquiciado, sino además, para la propia franquicia, ya que la expiración del plazo afectará no sólo al subfranquiciador, sino a los subfranquiciados, cuyos contratos terminarían al expirar el plazo del contrato de franquicia principal. Otro argumento a favor de un plazo largo es la necesidad de que el subfranquiciado pueda recuperar la inversión que va a realizar para establecer la red de franquicia, y que es generalmente bastante grande. La Guía menciona que es común que este tipo de contratos tenga un plazo de veinte años.

Un aspecto importante en este tema es la renovación del contrato. Debe establecerse en el contrato si éste puede ser renovado, y de serlo, si dicha renovación operará de forma automática o si se le exigirá al subfranquiciador ciertas condiciones, entre las cuales la Guía incluye: que no exista incumplimiento de una obligación sustancial al momento de la

renovación; que haya observado y cumplido sus obligaciones durante el término del contrato; que no tenga deudas monetarias; que firme una renuncia general de reclamaciones contra el franquiciador; que comunique por escrito al franquiciador su intención de renovar el contrato antes del vencimiento de éste; que pague una cuota de renovación; o que exija a los subfranquiciados la renovación o remodelación de las instalaciones.

4.2.- Publicidad de la franquicia

Un aspecto de gran influencia en la posibilidad de éxito de la franquicia en un territorio nuevo es la publicidad, la cual puede contribuir en gran medida al desarrollo del prestigio y la imagen pública del sistema franquiciado. De ahí la importancia de determinar en el contrato cuál de las partes deberá soportar la carga de recursos humanos y económicos que conlleva la publicidad.

Al negociar este punto se debe buscar un equilibrio entre el deseo de control sobre la publicidad que el franquiciador pueda tener y que puede deberse a factores como la protección de sus marcas, el control de la publicidad engañosa y la estandarización de la imagen global del sistema de franquicia; y la necesidad de adecuar la publicidad a las condiciones del país anfitrión, cosa que puede realizar con mayor éxito el subfranquiciador e incluso los subfranquiciados. Lo anterior hace necesario que las partes determinen en el contrato el grado de control que el franquiciador ejercerá sobre la publicidad, y que puede consistir en el derecho a aprobar todos los materiales publicitarios, o en proporcionar pautas o estándares para que el subfranquiciador y los subfranquiciados desarrollen su propio material.

La Guía llama la atención sobre la necesidad de establecer en el contrato quién traducirá el material publicitario suministrado por el franquiciador, si fuere el caso, y quién pagará por dicha traducción; debe hacerse referencia además a los derechos exclusivos que el franquiciador tendría sobre las traducciones.

Por último, debe determinarse la forma en que se pagará la publicidad, o sea de dónde se obtendrán los recursos financieros. En este sentido, puede establecerse la responsabilidad total del subfranquiciador de financiar la publicidad realizada en su territorio; que el subfranquiciador deba aportar un pequeño porcentaje de sus ingresos brutos al franquiciador por la publicidad que éste realice en el territorio; o que tal publicidad sea responsabilidad únicamente del franquiciador, siempre en términos financieros. Una alternativa a este sistema de publicidad local la constituyen los fondos de publicidad, que pueden cubrir una región o territorio administrativo dentro de un país, o ser nacionales, supranacionales (es decir, abarcar una región geográfica que comprenda más de un país, por ejemplo la Unión Europea), o internacionales, incluyendo dentro de su ámbito algunos países diferentes que no se encuentran necesariamente dentro de la misma región. Con estos fondos se pueden maximizar los aportes financieros al comprender territorios más amplios donde se utilizará la misma publicidad.

4.3.- Suministro de equipo, productos y servicios.

El acceso a productos y servicios es fundamental para que la red de franquicia mantenga estándares de calidad, integridad y uniformidad. Por esto es necesario que en el contrato se defina cómo se realizará

el abastecimiento de equipo, productos o servicios esenciales. Estos pueden ser proveídos por el franquiciador, o por terceros que él haya aprobado, con el fin de asegurar la calidad y uniformidad mencionadas. Los productos o servicios son clasificados por la Guía en dos grupos: aquellos que se identifican con las marcas del sistema y que se ofrecen a los clientes finales, y aquellos que son suministrados como parte del sistema de franquicia y que dan a los miembros de la red una ventaja competitiva. Los primeros tienden a tener características únicas, mientras los segundos, aún sin ser exclusivos del sistema de franquicia, son necesarios para realizar su operación (equipo de cómputo, por ejemplo). Estos últimos pueden ser suministrados por cualquiera.

En cualquiera de los dos casos es preferible que los productos puedan adquirirse de fuentes dentro del país anfitrión, ya que de esta forma se evitarían costos extras y posibles dificultades de índole legal. Se recomienda que cualquier acuerdo relativo al suministro se firme en un contrato de suministro aparte, para que pueda hacerse con más detalle.

4.4.- Propiedad intelectual.

La propiedad intelectual incluye, en lo concerniente al contrato de franquicia principal, las marcas (y nombres comerciales) y el derecho de autor.

4.4.1.- Marcas

El contrato debe asegurar que el franquiciador pueda controlar el uso de la marca por parte del subfranquiciador y de los subfranquiciados, a través de la inclusión de disposiciones que determinen claramente el uso que éstos pueden darle a la marca, los

límites de dicho uso, la prohibición de utilizar las marcas como parte del nombre corporativo o comercial del subfranquiciador con o sin el consentimiento del franquiciado, la obligación del subfranquiciador de supervisar la forma en que los subfranquiciados utilizan la marca y la manera en que se llevan a cabo los servicios relacionados con la misma.

Se deberá establecer además a quién corresponde perseguir a los infractores de las leyes de protección de propiedad intelectual, así como aquellos que incurran en competencia desleal. Esta tarea puede corresponderle al franquiciador, al subfranquiciador o a ambos conjuntamente, según se establezca en el contrato.

La Guía menciona la posibilidad de que a un subfranquiciador se le impida hacer uso de la marca en virtud de un procedimiento establecido por un tercero que tenga mejor derecho sobre la misma. En este caso, es importante que el contrato determine quién, franquiciador o subfranquiciado, asumirá el riesgo de tal evento.

Por último, se hace referencia al caso de que la legislación nacional impida que las marcas sean sublicenciadas por el subfranquiciador al subfranquiciado. En este caso, se deberá firmar un contrato directo de licencia entre el franquiciador y el subfranquiciado, conjuntamente con el contrato de subfranquicia que éste firma con el subfranquiciador.

4.4.2.- Derechos de autor

Este derecho, como ya mencionamos, puede estar protegido en un contrato de franquicia principal en relación con los manuales de operación, formas o modelos,

materiales publicitarios o decorativos, menús, etc. En el contrato debe hacerse referencia a las consecuencias de la infracción a estos derechos, en especial, a través de la piratería.

4.5.- Know How y secretos comerciales

El know how se refiere al conjunto de conocimientos profesionales que es adquirido por las personas dedicadas a una actividad específica y que es distintivo de esa actividad; conocimiento que es usualmente una combinación de información fáctica acerca de la actividad y de la experiencia obtenida en su ejercicio. También conocido como “trade secrets” (secretos comerciales) y “confidential or undisclosed information” (información confidencial o no comunicada); el know how no es susceptible de protección como las patentes, marcas y derecho de autor, pero se le incluye como un derecho de propiedad intelectual. Al ser un elemento fundamental de la franquicia, es imprescindible que tanto el contrato de franquicia principal como el de subfranquicia establezcan disposiciones claras dirigidas a su correcta utilización y protección; dado que al constituirse en una ventaja sobre los competidores, debe considerarse como un secreto comercial que por su valor económico debe ser protegido, lo cual justifica la obligación a las personas con acceso a él de no comunicarlo a terceros.

Esta obligación se traduce en dos cláusulas que generalmente son incluidas en los contratos: la cláusula de no competencia y la cláusula de confidencialidad. La cláusula de competencia prohíbe al subfranquiciador y a los subfranquiciados dedicarse a una actividad mercantil que compita con la del franquiciador durante y hasta cierto tiempo después de terminado el contrato (donde la legislación lo permita), e incluso participar en el capital de

empresas competidoras, para evitar el riesgo de comunicación del know how. La cláusula de confidencialidad, por su parte, les impone la obligación de no divulgar los conocimientos adquiridos en el ejercicio de la actividad franquiciada. La cláusula de confidencialidad protege no sólo al know how, sino también cualquier otra información confidencial que el franquiciador entregue al subfranquiciador y a los subfranquiciados; y puede extenderse a los empleados de ambos a través de la firma de acuerdos de confidencialidad con cada uno de ellos. Estos acuerdos no terminan con la finalización del contrato, sino que siguen vigentes mientras la información protegida no se haga pública, o incluso si se hace pública por incumplimiento del deber de confidencialidad del subfranquiciador o subfranquiciados.

En el contrato de franquicia comercial, el know how es comunicado mediante el manual de operaciones y la formación inicial y continua que el franquiciador proporciona al subfranquiciado.

La Guía menciona la posibilidad de que el subfranquiciador o los subfranquiciados desarrollen su propio know how durante la vigencia del contrato. En este caso, lo procedente sería que este know how independiente del transmitido por el franquiciador sea licenciado a éste y a toda la red de franquicia, de forma no exclusiva, mediante las llamadas cláusulas de reciprocidad o “grantback”. Esta cláusula por supuesto debe estar incluida en ambos contratos.

4.6.- Modificaciones al sistema de franquicia

El contrato de franquicia debe ser redactado de forma tal que se resguarde el derecho discrecional del franquiciador para

introducir modificaciones unilaterales al sistema, aún cuando supongan un incremento de las obligaciones de las demás partes, teniendo en cuenta por supuesto la legislación nacional relativa a cláusulas abusivas o injustas y los estándares de buena fe y razonabilidad. Esto último permitiría que el franquiciador pueda introducir modificaciones necesarias cuando se produzcan situaciones imprevistas en la ejecución del contrato, si se ajusta a los estándares comerciales de razonabilidad. La Guía menciona como aspectos donde es más probable que sea necesario un cambio, los siguientes: ubicación y naturaleza del establecimiento, derechos territoriales, clientes a los que se dirige el sistema, productos y servicios ofrecidos, métodos de mercadotecnia y distribución, marcas e imagen comercial, renovación de locales, nuevas obligaciones, estándares de cumplimiento superiores, etc.

Aquí es importante acotar, por nuestra parte, que en muchas legislaciones una modificación unilateral del contrato que pueda causar perjuicios a la otra parte sería causa de resolución del contrato con las consecuencias que de ello se derivan para el franquiciador. Así, por ejemplo, en Costa Rica existe una posición doctrinal que considera que el contrato de franquicia debe regirse por las disposiciones de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras,⁸ según la cual una de las causas por las que el representante puede poner fin al contrato con responsabilidad para la casa extranjera, y por tanto reclamar la indemnización, es la modificación unilateral del contrato por parte de la casa extranjera, cuando se produzca una lesión a los intereses o derechos del representante. Este sector de la doctrina aplica por analogía las normas de

esta Ley a la franquicia, por ser contratos con ciertas características similares; sin embargo, otra posición doctrinal señala que esta materia debe regirse por la teoría general del contrato.⁹ En este sentido, creemos importante citar la jurisprudencia que considera que la Ley citada no puede aplicarse por analogía a otras situaciones que no sean las expresamente previstas en la misma, por tratarse de ius singulare.¹⁰ De cualquier forma, la misma discusión existente en nuestro país es una muestra de la dificultad a la hora de tratar este tema.

Por lo controversial del tema y los problemas legales que podría suscitar, la Guía sugiere que las modificaciones sean negociadas a la hora de renovar el contrato, a cambio de ciertas concesiones al subfranquiciador o subfranquiciados (expansión territorial, extensión del plazo, autorización para transferir la franquicia) o mediante el uso de documentos distintos al contrato, como los manuales operativos. Asimismo, recomienda utilizar políticas de comunicación con el subfranquiciador y subfranquiciados, donde se establezcan un número máximo de cambios, se otorguen incentivos o ayuda financiera, etc.

4.7.- Venta, cesión y transferencia de la franquicia.

Las partes deben considerar e incluir en el contrato la posibilidad de vender, ceder o traspasar sus derechos en el contrato de franquicia. Esta transferencia podría darse con motivo de una reestructuración interna,

de incapacidad, muerte o insolvencia de una de las partes, o simplemente por el deseo de terminar la relación.

En general, el franquiciador se reserva el derecho de autorizar la transferencia de los derechos del subfranquiciador, ya que una relación de franquicia se basa en la confianza entre las partes y una de los elementos que el franquiciador ha tomado en cuenta para establecer esa relación es precisamente la calidad personal de subfranquiciador y sus cualidades como empresario. De ahí que se establezcan restricciones para la transferencia de sus derechos, de forma que el franquiciador pueda comprobar que el nuevo subfranquiciador tiene la capacidad y la posibilidad de cumplir con sus obligaciones. En cuanto a la forma de otorgar la autorización de transferencia, la Guía señala dos posibilidades: el franquiciador tiene el derecho único y absoluto de conceder o negar su consentimiento, o éste puede estar sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones, diseñadas para asegurar que el nuevo subfranquiciador tiene las cualidades que se consideran necesarias según lo dicho arriba y a finiquitar la relación con el subfranquiciador anterior. Ejemplo de estas condiciones serían: que no exista incumplimiento contractual por parte del subfranquiciador, que éste renuncie a cualquier reclamo contra el franquiciador, que el cesionario demuestre que cumple con los requisitos para ser subfranquiciador y firme un nuevo contrato, que el cedente pague una cuota de transferencia, etc. Debe tenerse en cuenta que estos requisitos variarán según se trate de una transferencia voluntaria, o si ésta se da por quiebra, insolvencia o incluso

8 Al respecto, véase Bernal y Jiménez, Op. cit., pág. 119 y ss., y Carvajal Carvajal Marianela, op. cit.

9 Idem.
10 Sentencia No. 001-F-94, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas del 5 de Enero de 1994. Citada por Pérez Vargas, Víctor, Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, Primera Edición, Litografía e Imprenta LIL S.A., San José, 2005, pág. 24 y ss.

incapacidad o muerte del subfranquiador, casos en que se deberá acudir a la legislación de los países involucrados para determinar los posibles derechos y obligaciones de las partes en cada caso concreto.

Finalmente, la Guía menciona la posibilidad de que el franquiciador se reserve el derecho de tanteo, o sea, retenga el derecho a adquirir los intereses del subfranquiador en los mismos términos y condiciones que los ofrecidos por el cesionario propuesto, en cuyo caso de existir unidades de franquicia dirigidas por el subfranquiador, se convertirán en unidades del franquiciador, y las unidades dirigidas por los subfranquiados pasarán a ser unidades de franquicia ordinarias.

El franquiciador, por su parte, no está limitado para transferir sus derechos, por dos motivos fundamentales: la posibilidad de que existan muchos subfranquiadores en el sistema, lo cual haría muy difícil obtener el consentimiento de todos y por tanto virtualmente imposible la transferencia, y la restricción a la comerciabilidad del sistema de franquicia que tal restricción significaría. Por estas razones los contratos de franquicia generalmente otorgan total libertad a los franquiciadores para transferir sus intereses sin ninguna limitación.

De cualquier forma, el contrato debe contemplar si se permite o no la transferencia, y si ésta estará sujeta a autorizaciones. Es importante que, en caso de que se restrinja la transferencia por parte del subfranquiador, se aclare que esa restricción se extiende a cualquier tipo de transferencia, ya sea directa o indirecta, de sus intereses, para cubrir los trasposos de acciones de la empresa subfranquiadora, si se trata de una persona jurídica.

4.8.- La Responsabilidad por hechos de otro, indemnización y seguro.

4.8.1.- Responsabilidad por hechos de otro.

A pesar de que uno de los principios del contrato de franquicia en cualquiera de sus modalidades es la independencia jurídica y financiera entre las partes, en ciertas circunstancias pueden presentarse reclamos contra el franquiciador por incumplimientos del subfranquiador o de los subfranquiados, lo cual constituye una fuente de riesgos para el primero. Este tipo de reclamos se pueden basar en la percepción de que entre ambos existe un contrato de agencia comercial, lo que implica un control del franquiciador sobre las operaciones diarias de los subfranquiados; o en el hecho de que ante el público, el subfranquiado se identifica con el franquiciador, ya que utiliza sus marcas, sus productos, etc., y es muy difícil para el público reconocer el tipo de relación que une a las partes, por lo que generalmente se le confunde con un agente del franquiciador o con una sucursal del mismo. Para evitar estos riesgos, se recomienda que el franquiciador no retenga un control riguroso sobre los subfranquiados, como ya mencionamos anteriormente, ya que además, este control debe ser facultad del subfranquiador. La Guía menciona también la posibilidad de que los subfranquiados tengan la obligación de anunciar en sus establecimientos, que éstos funcionan como franquicia y que por tanto son independientes del franquiciador, e incluso, del subfranquiador.

4.8.2.- Indemnización

El contrato de franquicia principal internacional debe establecer con claridad qué parte asumirá responsabilidad en caso

de incumplimientos contractuales o daños a terceros. En general, el franquiciador asumirá la responsabilidad exclusiva y absoluta por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas costas judiciales y honorarios legales razonables) que surja de cualquier reclamación, acción, petición administrativa u otra investigación relacionadas con la gestión del negocio (como problemas con el producto o infracciones a los derechos de propiedad intelectual), con independencia de la razón que la provocó. Por su parte, el subfranquiador asumirá la responsabilidad por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas igualmente costas judiciales y honorarios legales razonables) que surjan de reclamaciones, acciones, peticiones administrativas u otras investigaciones relacionadas con el funcionamiento de su negocio, incluyendo aquellas relacionadas con conductas atribuibles a sus subfranquiados, si fuese el caso. Ejemplos de estas acciones serían los perjuicios provocados al franquiciador como resultado de una actividad prohibida al subfranquiador, y que pueden consistir en la pérdida de un derecho perteneciente al franquiciador (como los relacionados con propiedad intelectual) o la pérdida de beneficios. No será responsable, sin embargo, por acciones resultantes de accidentes ocurridos como consecuencia de un uso legítimo y adecuado de la franquicia, o si se plantean acciones contra el franquiciador como consecuencia del uso por el subfranquiador de las marcas o del sistema de franquicia, si éstos se utilizaron conforme al contrato.

En cualquier caso, debe establecerse la obligación de ambas partes de informar a la otra sobre la existencia de cualquier acción legal o administrativa, o de resolución final que declare responsable a una de las partes o que podría afectarla, y el plazo en que debe

darse dicha información. Asimismo, debe aclararse cuál de las partes deberá asumir la defensa en caso de tales reclamos, quién correrá con los gastos de defensa, y en qué condiciones podría llegarse a un acuerdo. La Guía menciona que generalmente se autoriza a la parte en cuyo país se establece el reclamo, aunque es importante tener en cuenta ante qué tipo de reclamo nos encontramos y sobre cuál se las partes podría recaer la responsabilidad. El franquiciador generalmente se reserva el derecho a elegir si quiere o no ejercer la defensa, aunque tratándose de derechos de propiedad intelectual, esto dependerá de la legislación de cada país.

Es importante señalar que tanto las responsabilidades del franquiciador como las del subfranquiador se refieren a la parte que haya firmado el contrato, por lo que si son personas jurídicas, no podrá recaer dicha responsabilidad sobre sus directivos, agentes o socios, excepto que exista una reclamación especial al respecto.

Por último, para limitar los riesgos, se recomienda que el contrato establezca la prohibición de que el subfranquiador realice manifestaciones o dé garantías en relación con los productos obtenidos del franquiciador, que vayan más allá de las manifestaciones o garantías dadas por éste; así como la revisión por ambas partes de sus pólizas de seguro de responsabilidad, de forma que estén actualizadas y cubran cualquier eventualidad.

4.8.3.- Seguros

Con el fin de asegurar que en caso de incumplimiento la parte responsable podrá afrontar el pago de indemnizaciones, el contrato debe establecer el tipo de seguro que ambas partes deberán adquirir. En el caso del

subfranquiciador, es común sobre todo en los contratos de franquicia principal originados en Estados Unidos, Europa y Australia, que se le obligue a adquirir un seguro contra riesgos de responsabilidad ante terceros y contra daños a la propiedad, así como por daños causados por la interrupción del negocio; obligación que será exigible también a los subfranquiciados. La cobertura mínima de estas pólizas se determinaría según la práctica del país anfitrión, y se puede extender al franquiciado, sus ejecutivos y funcionarios, para evitar que resulten perjudicados. Se recomienda que las pólizas sean revisadas de forma periódica para ajustar las coberturas, si fuera necesario. Es importante tener en cuenta siempre la legislación y las coberturas existentes en cada país. Para minimizar los riesgos de demandas de terceros (entre ellos clientes de los subfranquiciados) contra el franquiciador, la Guía recomienda que se incluya al subfranquiciador y a los subfranquiciados en la póliza de seguro del franquiciador, cosa que por supuesto elevaría muchísimo el monto a pagar por la póliza; o que se busque algún tipo de cobertura en el mercado de seguro extranjero que pueda cubrir ese riesgo.

También para asegurar que las pólizas se mantengan vigentes, el franquiciador puede exigir que se le envíen copias de los recibos de pago, y si la legislación lo permite, establecer la posibilidad de subrogarse en lugar del subfranquiciador para continuar pagándolas, o incluso, suscribir las pólizas si el subfranquiciador no lo ha hecho; casos en los cuales por supuesto podrá requerir al subfranquiciador el reembolso de los costos y gastos en que incurrió.

Es recomendable que las mismas exigencias que se hacen al subfranquiciador en cuanto a seguros, se extiendan a los subfranquiciados, lo cual debe hacerse constar así en el contrato de franquicia principal.

4.9.- Disposiciones sobre acciones en caso de incumplimiento contractual.

La Guía es enfática en cuanto a la importancia de redactar correctamente y de forma clara las disposiciones relativas a las acciones de que disponen las partes en caso de que se produzca un incumplimiento contractual, por la importancia de los bienes y derechos involucrados. Se recomienda evitar términos generales e imprecisos como incumplimiento “material” o “sustancial”. Partiendo de que los incumplimientos se dan generalmente en relación con el derecho de desarrollar la franquicia, y con las funciones del subfranquiciador como franquiciador en el país anfitrión y su relación con los subfranquiciados, la Guía distingue entre la posibilidad de pedir la rescisión del contrato, y otras acciones de que disponen las partes.

4.9.1.- Rescisión

A diferencia de los contratos comerciales corrientes donde ambas partes generalmente tienen el mismo derecho a rescindir el contrato ante el incumplimiento de la otra parte, en los contratos de franquicia principal lo usual es que únicamente el franquiciador tenga este derecho. Sólo en ciertos casos, como el incumplimiento en el suministro por parte del franquiciador, podría el subfranquiciador acudir también a la rescisión. Esta situación que a todas luces es injusta, según la Guía se justifica en el hecho de que el franquiciador, ante el incumplimiento del subfranquiciador, necesita actuar de forma rápida para proteger preservar su nombre comercial, marcas de fábrica, marcas de servicio y el prestigio asociado con ellos y con sus otros derechos de propiedad intelectual, así como su información confidencial y know-how; además de poder decidir rápidamente qué hacer con la red de

subfranquiciados y actuar sin la dilación que supone un juicio común por incumplimiento contractual. El subfranquiciador, se dice, podrá siempre acudir a la acción por daños por incumplimiento del contrato. Por otro lado, es muy posible que el subfranquiciador no tenga interés en rescindir el contrato aún cuando esté autorizado por éste a hacerlo, ya que supondría poner fin a su negocio y perder su fuente de ingresos.

El contrato establecerá las circunstancias en que el franquiciador podrá tener por rescindido el contrato, entre otras: la insolvencia, quiebra o liquidación del subfranquiciador; el fracaso de éste en cumplir el plan de desarrollo; el mal uso o infracción de los derechos de propiedad intelectual; la imposibilidad del subfranquiciador de hacer que los subfranquiciados cumplan con sus obligaciones contractuales; el incumplimiento de las obligaciones de información y pago; y cualquier otro incumplimiento contractual, que por supuesto, debe ser relevante.

En general se establecerá un plazo para que el subfranquiciador subsane el incumplimiento, antes de proceder a rescindir el contrato. Otra posibilidad, cuando el incumplimiento se refiere a la ejecución del plan de desarrollo, es que el subfranquiciador pague al franquiciador las llamadas “regalías fantasmas”, que en realidad pueden ser consideradas como una forma de liquidación por daños, en orden a preservar los derechos de desarrollo; éstas podrán pagarse por un período de tiempo determinado, y si en ese tiempo no se ha subsanado el incumplimiento, el franquiciador no podrá continuar recibiendo las regalías fantasmas, y podrá ejercer las acciones por incumplimiento. En estos casos de incumplimiento del plan de desarrollo, la rescisión podrá ser únicamente en relación

con el derecho de desarrollo, y no respecto al resto de las unidades subfranquiciadas ya establecidas.

4.9.2.- Otras acciones distintas de la rescisión.

Para evitar los problemas que trae una rescisión contractual en el caso de las franquicias principales, donde el franquiciador no siempre está al tanto de cómo funciona la red de franquicia, la Guía propone una serie de acciones alternativas a la rescisión, las cuales se adoptarían en dependencia del tipo de incumplimiento de que se trate. Así, cuando se produce un incumplimiento por parte del subfranquiciador en relación con el manejo y explotación de la red, se sugieren las siguientes acciones: dar mayor apoyo para elevar los estándares hasta el nivel requerido por el franquiciador; formar y readaptar al personal clave del subfranquiciador para asegurar que entienden cómo debe funcionar la red y en qué se está fallando; y dar apoyo publicitario y de mercadotecnia para estimular el crecimiento de las ventas. Si el incumplimiento se debe a dificultades financieras, se sugiere entonces que se aliente o ayude al subfranquiciador a considerar la venta del negocio a una tercera parte bien financiada, a encontrar un socio financiero, o a obtener apoyo de un fondo de inversión de capital. El franquiciador puede además reestructurar la deuda, o acudir a una demanda únicamente para recuperar lo debido o los perjuicios, sin rescindir el contrato. Sin embargo, la utilización de medidas que conlleven procedimientos judiciales no es recomendada por la Guía, ya que podrían empeorar las relaciones entre las partes.

La Guía menciona como posibles acciones a tomar por el subfranquiciador en caso de incumplimiento contractual o liquidación

por parte del franquiciador, la posibilidad de convertir el contrato de franquicia en uno de licencia y de comprar las marcas para usarlas en su país, todo a través de negociaciones con el liquidador o depositario del negocio del franquiciador. Sin embargo, si bien esto sería posible en caso de liquidación, no nos parece una solución viable cuando se produce un incumplimiento contractual de parte del franquiciador; y dado que la costumbre indica que los contratos generalmente no incluyen la posibilidad del subfranquiciador de acudir a la rescisión, la única salida sería la demanda ordinaria por incumplimiento contractual y la solicitud del pago de daños y perjuicios, o si la legislación lo permite, la solicitud de ejecución forzosa del contrato, que de cualquier modo, podría ser extremadamente difícil por existir diferentes jurisdicciones involucradas.

4.10.- Disposiciones relativas a la terminación de la relación y sus consecuencias.

4.10.1.- Modos en que puede terminar la relación.

La Guía menciona cuatro formas en que puede terminar el contrato de franquicia: el vencimiento del plazo del contrato, la rescisión por parte del franquiciador según lo estipulado en el contrato, la rescisión por parte del subfranquiciador según lo estipulado en el contrato, y el ejercicio por parte del subfranquiciador de alguna acción legal para rescindir el contrato. Consideramos que esta clasificación tiende a complicar el tema, que en realidad se resume a la terminación normal del contrato por su vencimiento, en el primer caso, o anormal, por rescisión u otra acción legal, en los otros tres casos mencionados.

En cuanto a la terminación por vencimiento del término por haber llegado el contrato

a su fin, deberá determinarse en el propio contrato si procede o no ampliar el plazo o renovar el contrato. En el primer caso, deberá estipularse qué sucede si una de las partes decide no renovar el contrato o ampliar el plazo (sobre todo en el caso del franquiciador, si el subfranquiciador ha incumplido o está en ese momento incumpliendo el contrato); todo lo cual ya se analizó en la cláusula referente al plazo o duración del contrato. En el segundo caso, el subfranquiciador podría negociar (al momento de firmar el contrato, por supuesto) la inclusión de algún tipo de remuneración en razón del valor del negocio desarrollado; además debería preverse qué sucedería con las unidades subfranquiciadas.

El contrato puede terminar también de forma anormal cuando se produce un incumplimiento de una de las partes lo que puede dar lugar a la rescisión por parte del franquiciador o por parte del subfranquiciado si tiene esa opción (como vimos en el apartado anterior), o a que este último adopte alguna acción legal (como el reclamo de daños por incumplimiento) para poner fin a la relación contractual. La Guía subraya la importancia de dar suficiente atención a las posibles consecuencias de la terminación anormal del contrato durante la negociación y posterior firma de éste.

4.10.2.- Consecuencias de la terminación del contrato.

Para el subfranquiciador, el fin de la relación de franquicia implica normalmente la pérdida de los derechos a desarrollar el territorio; a actuar como franquiciador respecto a los subfranquiciados; a usar las marcas, nombres comerciales, y cualquier otro bien o derecho propiedad del franquiciador, incluyendo por supuesto el know how y la información

confidencial; además podría ser obligado por el contrato a transferir los contratos de subfranquicia al franquiciador, a vender a éste determinados activos si se ha reservado ese derecho, y a respetar la cláusula de no competencia, entre otros deberes.

Un aspecto importante a tener en cuenta cuando se negocia el contrato de franquicia principal es qué va a suceder con las unidades subfranquiciadas cuando el contrato principal llegue a su fin. Por regla general, y cuando no hay provisión al respecto, al expirar el contrato principal también expirarían automáticamente los de subfranquicia, lo cual implica que las unidades tendrían que dejar de usar el sistema de franquicia, las marcas de fábrica y toda indicación que las identifiquen como parte de la red de franquicia, lo cual equivaldría en la práctica a tener que cerrar sus establecimiento. Sin embargo, esto puede ser contrario a los intereses de todas las partes incluido el franquiciador, así como a la ejecución del plan de desarrollo, ya que nadie firmaría un contrato de subfranquicia sabiendo que tiene pocos años para explotar la unidad y recuperar la inversión. Por esta razón, la Guía sugiere varias posibilidades que podrían incluirse en el contrato principal, entre ellas, que ciertas partes de este contrato se mantengan en vigor únicamente con relación a las unidades ya existentes, de forma que el subfranquiciador pueda continuar atendiendo a las unidades creadas por él y recibir las regalías de esta hasta la expiración de cada contrato de subfranquicia individual; mientras que el franquiciador podría seguir desarrollando nuevas unidades dentro del territorio, ya sea directamente o a través de otro subfranquiciador. Otra posibilidad es que el franquiciador se comprometa a firmar contratos de franquicia directamente con los subfranquiciados por el período que reste de sus contratos. La última posibilidad, que

la Guía reconoce como la única alternativa práctica, es que el subfranquiciador ceda al franquiciador todos sus derechos en todos y cada uno de los contratos de subfranquicia, de forma que el franquiciador se haga cargo de la red. Ante esta última alternativa, señala la Guía, debe tomarse en cuenta la posibilidad de una compensación financiera a favor del subfranquiciador, lo cual podría incluso ser exigible en determinadas jurisdicciones para tener por válida la cesión.

4.11.- Disposiciones sobre el derecho aplicable

La definición en el contrato de franquicia principal del derecho aplicable tanto a este contrato como a los de subfranquicia es de vital importancia, ya que del derecho aplicable dependerán en gran medida no sólo los derechos y obligaciones de las partes, sino incluso la misma redacción del contrato, como ya vimos. A la hora de determinar el derecho aplicable, las partes deben tener en cuenta si la legislación comercial y de protección de derechos de propiedad intelectual del país anfitrión está debidamente desarrollada, con el fin de asegurar la adecuada explotación de la franquicia y la protección de aquellos derechos. Así, la Guía menciona que a menos que el sistema de derecho del futuro país anfitrión carezca de esas características, lo más probable es que las partes elijan el derecho del futuro país anfitrión, normalmente es el derecho del domicilio del subfranquiciador, como el derecho aplicable a todo, salvo al propio contrato de franquicia principal. Este se regirá generalmente por el derecho del país del franquiciador.

4.12.- Disposiciones sobre resolución de conflictos.

Las disposiciones sobre resolución de conflictos son fundamentales dentro de un

contrato de franquicia principal internacional, pues su falta puede provocar que una vez surgido el conflicto, las partes no tengan forma de resolverlo, o que la forma prevista no se adecue a sus necesidades. La Guía hace mención de tres posibilidades que las partes pueden dejar establecidas en el contrato: la resolución mediante conciliación, a través de arbitraje, o acudiendo a un litigio común.

4.12.1.- Resolución de conflictos a través de negociación, mediación y conciliación.

La resolución de conflictos a través de la negociación, mediación y conciliación es, según la Guía, cada vez más frecuente, dados los altos costos y larga duración de los litigios, la dificultad para ejecutar sentencias o laudos extranjeros, y la posibilidad de mantener una mejor relación entre las partes. Se caracteriza porque, a diferencia del litigio o el arbitraje en la resolución final del conflicto no interviene ningún tercero, aunque sí pueden tomar parte en el proceso. Entre las formas más usadas se encuentran los acuerdos de asociación y conciliación, así como los mini-juicios, comunes en Estados Unidos, mediante los cuales un panel compuesto por representantes de ambas partes (ejecutivos superiores con poder de arreglar el conflicto) y un auxiliar neutral escucha una exposición de los argumentos; los ejecutivos posteriormente se reúnen para discutir posibles vías de solución, y pueden pedir al auxiliar neutral su opinión sobre los argumentos de las partes, pero la decisión final debe ser alcanzada por los representantes de las partes sin la intervención de un tercero. La Guía hace referencia en este punto al Reglamento de Conciliación publicado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y al de la Cámara de Comercio Internacional como

guías útiles para las partes y sus mediadores o conciliadores en la conducción de estos métodos de resolución de conflictos.

4.12.2.- Resolución de conflictos mediante litigio.

En caso de decidirse por acudir al litigio, las partes deben dejar establecido en el contrato el foro o lugar donde habrá de entablarse la demanda, y que podría ser el lugar de residencia del demandante, el lugar de residencia del demandado o un tercer país con el cual el objeto de la acción esté relacionado o donde el demandado tenga activos. Para elegir el foro las partes deben tener en cuenta aspectos como el lugar de residencia de las partes y posibles testigos, el derecho aplicable al contrato, el idioma, la duración del proceso, la posibilidad de ejecutar la sentencia, etc. Deberán establecer además si tal elección es exclusiva o si las partes podrán presentar demandas ante un tribunal de otro lugar. La cláusula de elección del foro puede no ser sostenida en casos en que cause una inconveniencia sustancial (en relación con los gastos y dificultades del idioma, etc.), si existe una acción efectiva en el sistema cuya jurisdicción se excluye, si hay prueba de que la cláusula de elección de foro deriva de fraude, influencia debida o engaño; o si su ejecución viola el orden público del foro en que se plantea el litigio. Sin embargo, apunta la Guía, la tenencia general en los últimos años en Estados Unidos, Japón y la Unión Europea entre otros países, es la de respetar la libertad de las partes de restringir el litigio a una jurisdicción, siempre que quede claro que se trata de una opción exclusiva. Por último, la Guía recalca la importancia de asegurarse de que la sentencia dictada por el tribunal del foro elegido será ejecutada en las demás jurisdicciones pertinentes, para lo cual

las partes deben revisar cuidadosamente los tratados internacionales vigentes al respecto.

4.12.3.- Resolución de conflictos mediante arbitraje.

El arbitraje es frecuentemente usado en los contratos por la flexibilidad que brinda a las partes a la hora de determinar la forma de arbitraje, cómo seleccionar los árbitros, la ley aplicable o la posibilidad de que los árbitros actúen como amigables componedores, cómo elegir las normas de arbitraje; además de ser un procedimiento confidencial cuya ejecución está reconocida en la mayoría de las legislaciones a través del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Respecto a este último aspecto, las partes deberán cerciorarse de si los Estados donde han de tener efecto los laudos arbitrales han ratificado dicha Convención, si le han hecho alguna reserva y en qué consiste, si cuentan con la legislación requerida para hacer efectiva la Convención si esto fuera necesario, y si existe alguna razón por la cual el laudo podría no ser ejecutado, como el hecho de que la materia no fuera susceptible de arbitraje según el derecho del país en el cual se pretende la ejecución, o que el reconocimiento o ejecución del laudo fuera contrario al orden público de ese país.

La cláusula arbitral debe escoger un ente con autoridad sobre cualquier arbitraje que se realice, y en dependencia del ente seleccionado, las reglas de arbitraje a utilizar. Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional pueden ser seleccionadas con independencia de cuál sea el ente administrativo elegido.

4.13.- Cláusulas generales

Además de las cláusulas anteriores, que se refieren en particular al contrato de franquicia,

la Guía recoge algunas otras cláusulas, de carácter más general, que se recomienda incluir en estos contratos, para seguridad de ambas partes. Estas cláusulas son:

4.13.1.- Cláusula de separabilidad.

Se refiere a la autonomía de las cláusulas contractuales, de forma que si una cláusula es considerada nula, esta declaración de nulidad no afectará la validez del resto de las cláusulas del contrato, y puede ser tenida por no puesta, reemplazada por otra válida que alcance los objetivos de las partes, o modificada e interpretada de forma que su propósito pueda ser alcanzado con toda legalidad. De esta forma se asegura la continuación del contrato aún cuando una cláusula del mismo sea declarada nula.

4.13.2.- Cláusula de acuerdo completo.

Esta cláusula puede consistir simplemente en la mención de que el contrato contiene todo lo acordado entre las partes, incluyendo las negociaciones y acuerdos previos, o que los acuerdos orales accesorios son inválidos, pero puede también contener largas descripciones de lo que se pretende por las partes, especificar la existencia de otros contratos específicos entre las partes, adjuntar documentos tales como condiciones generales de comercio, incluir excepciones al contrato completo, etc. También en ocasiones en esta cláusula se incluye una manifestación de que el subfranquiciador no ha adoptado el contrato como resultado de cualesquiera peticiones, garantías, incentivos o promesas del franquiciador. Su objetivo es salvaguardarse contra reclamaciones sorpresivas.

4.13.3.- Cláusula de renunciaciones

Esta cláusula generalmente incluye disposiciones sobre la renuncia a la

responsabilidad del franquiciador en relación con el éxito o fracaso del negocio, de lo cual se excluye las pérdidas o daños causados directamente por el incumplimiento o fraude del franquiciador, en cuyo caso la responsabilidad se limitaría a una cantidad establecida en el contrato. También puede incluir rechazos de renuncia, que se refieren a los casos en que el franquiciador no ejercita sus derechos o los poderes que se le han otorgado, lo cual no significará una renuncia a estos derechos o que no pueda ejercitarlos en el futuro.

4.13.4.- Cláusula de fuerza mayor y excesiva onerosidad.

La Guía menciona estas cláusulas como comunes en los contratos de franquicia, y para efectos de determinar cuándo se está en presencia de fuerza mayor o de excesiva onerosidad, hace la aclaración de que mientras la primera hace objetivamente imposible el cumplimiento aunque sea de forma temporal, la segunda no hace imposible el incumplimiento, pero lo torna muy difícil por lo que el contrato debe ser renegociado. En este punto se incluyen las definiciones que al respecto se han establecido en los Principios de Unidroit, y que transcribimos a continuación:

“Hay excesiva onerosidad (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse del contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en

desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”. (Principios de Unidroit, artículo 6.2.2)

En cuanto a la fuerza mayor, se define en el artículo 7.1.7 de los Principios, como sigue:

“(1) El incumplimiento de una parte se excusasi esapartepruebaqueelincumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, o cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias. (2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.”

Los efectos de un acontecimiento que se considere fuerza mayor o excesiva onerosidad deben ser negociados e incluidos en el contrato de franquicia principal, en especial en lo relativo al posible incumplimiento del plan de desarrollo.

4.13.5.- Cláusulas relativas a la naturaleza del contrato.

En vista de que en la mayoría de los países los contratos de franquicia son contratos atípicos, es aconsejable incluir en los mismos una cláusula que establezca lo más claramente posible el tipo de relación que une a las partes, por ejemplo, que son empresarios independientes, que el subfranquiciado no puede hacer ningún contrato, acuerdo, garantía o petición en nombre del franquiciador, o crear obligación alguna en nombre del éste, y en general cualquier disposición encaminada a aclarar el tipo de contrato que une a las partes, y a diferenciarlo de otros contratos más conocidos, como el de agencia, por ejemplo.

4.13.6.- Cláusulas relativas a los derechos cumulativos.

En los contratos de franquicia principal puede encontrarse una cláusula afirmando que los derechos y deberes del franquiciador y subfranquiciador son cumulativos y que la ejecución de cualquiera de estos derechos o deberes no excluirá la ejecución de cualquier otro derecho o deber.

4.13.7.- Cláusula sobre notificaciones

Esta cláusula debe especificar lo que se considera una notificación válida y una aceptación válida (por ejemplo, una exigencia de que cualquier comunicación de este tipo sea por escrito), la forma en que la notificación debería entregarse y las fechas límite aplicables a la misma.

4.13.8.- Cláusula sobre daños

El contrato debe incluir una cláusula que especifique qué tipo de daños pueden ser compensados, y el tipo de compensación, que dependerá del sistema legal adoptado. Por ejemplo, en el “commom law” no se permiten las cláusulas penales, sino las de liquidación por daños, mientras en otros sí se permiten, algunas veces sujetas a control judicial.

Quinta Parte- Otros aspectos a tener en cuenta para la celebración del contrato.

5.1.- Documentos accesorios

Dada la complejidad de las relaciones entre las partes en un contrato de franquicia principal internacional y los derechos y obligaciones derivados de esas relaciones, la Guía dedica un capítulo completo a los documentos que

pueden acompañar al contrato, y que pueden ser contratos preliminares, secundarios y de addenda, entre otros. La utilización de documentos accesorios cumple varios propósitos, que la Guía resume en la posibilidad de mantener un contrato de franquicia principal básico y uniforme contenga todos los términos que han de permanecer constantes de un subfranquiciador a otro; de obligar a personas que no son parte del contrato de franquicia principal, como por ejemplo, accionistas y empleados del subfranquiciador y los subfranquiciados, en relación con los acuerdos de confidencialidad y no competencia, o de transferencia de intereses; de hacer ajustes si la relación cambia después de formarse, por ejemplo si el subfranquiciador vende su negocio o introduce nuevos inversionistas; y con la necesidad de cumplir con determinadas leyes, como la exigencia de un contrato de licencia de marcas separado.

Entre los documentos accesorios más comunes que cita la Guía se encuentran los acuerdos de confidencialidad y no competencia en relación con empleados y accionistas del subfranquiciador y los subfranquiciados mencionados en el párrafo anterior; los de garantía e indemnización, diseñados para proteger al franquiciador de pérdidas causadas por el incumplimiento de un subfranquiciador y que permiten al franquiciador recurrir a los accionistas si el subfranquiciador no cumple sus obligaciones; los contratos de rescisión, que establecen las condiciones para la rescisión de un acuerdo de franquicia principal por consentimiento mutuo de las partes; los documentos de liberación, en los que la parte liberadora renuncia a cualesquiera reclamaciones que pueda tener contra la otra parte; y los contratos de transferencia, que autorizan al subfranquiciador a ceder o transferir sus intereses en el contrato de

franquicia, bajo las condiciones establecidas en éste.

En ciertos casos, y dependiendo de las relaciones particulares entre las partes, pueden exigirse contratos de suministro, que deben especificar las condiciones en las que los productos son vendidos al subfranquiciador por el franquiciador; contratos de arrendamiento, en caso de arrendamiento de equipo del franquiciador al subfranquiciador; y contratos de licencia de software, cuando el franquiciador es propietario del software que el subfranquiciador debe usar para desarrollar la franquicia. Todos estos contratos pueden incluirse como parte del contrato principal o en un contrato separado, lo cual permite mayor flexibilidad a las partes.

En otros casos, dada la estructura del negocio, se podrían requerir otros documentos como cartas de intención, utilizadas en negocios que suponen grandes desembolsos de capital, como hoteles, y que expresan las condiciones básicas del contrato previsto (incluyendo los derechos y obligaciones que tendrían las partes y el territorio de la franquicia), de forma que las negociaciones posteriores quedan reducidas a aspectos mínimos; los contratos de joint venture cuando el franquiciador decida crear una empresa conjunta con un socio extranjero para que dicha empresa actúe como subfranquiciador; contratos sobre los métodos de pago, cuando se van a utilizar medios de pago diferentes como las cartas de crédito; y contratos de financiación, en los casos, que la Guía señala como extremadamente raros, en que el franquiciador decida financiar parte o la totalidad de la operación inicial del subfranquiciado.

Finalmente, la Guía señala que en ciertos casos, por exigencias del derecho local del

país anfitrión, deberá firmarse un contrato de licencia de marca por separado, con lo cual el contrato de franquicia se dividiría en dicho contrato de licencia de marca y un contrato de asistencia técnica; o un contrato de usuario registrado, el cual identifica al subfranquiciador o a los subfranquiciados como usuarios legítimos y autorizados de la marca del franquiciador ante las autoridades de ejecución de un país determinado.

5.2.- Exigencias normativas

Otro capítulo de la Guía se refiere a las posibles exigencias normativas que deberán cumplir las partes al ejecutar el contrato de franquicia principal internacional, por lo que es importante que estas exigencias sean conocidas y discutidas en el proceso de negociación. Entre estas exigencias se pueden encontrar la aprobación previa para el funcionamiento del negocio o establecimiento; la inscripción en ciertos registros (fundamentalmente marcas, patentes, nombres comerciales, o de la propia empresa); los permisos para elementos extranjeros, ya sea porque existan restricciones en el número de empleados o directivos extranjeros permitidos, o por requisitos adicionales para la inscripción de derechos de propiedad intelectual provenientes del extranjero; los permisos migratorios para el personal del franquiciador; las licencias de importación y exportación; las restricciones a la exportación de ganancias y divisas; las retenciones impositivas; y las licencias exigidas a negocios específicos, como venta de alimentos o bebidas.

Todos los aspectos anteriores deben ser considerados a la hora de negociar el contrato principal, en el cual además deberá aclararse quién correrá con la responsabilidad de obtener los permisos y licencias mencionados,

y quién correrá con sus gastos. En la mayoría de los casos, dicha responsabilidad recae sobre el subfranquiciador, que está en mejor posición de gestionar y obtener los permisos correspondientes, por encontrarse en el país anfitrión. En esos casos el subfranquiciador deberá también correr con los gastos. En algunos casos específicos, como el registro de marcas, nombre comercial, patentes, etc., así como el registro de productos para su aprobación, la responsabilidad será del franquiciador.

Conclusiones

Si bien cuenta con algunas desventajas, las ventajas que el contrato de franquicia ofrece a todas las partes involucradas ha hecho que éste haya alcanzado en las últimas décadas un grado de difusión que lo convierte en parte fundamental de las relaciones comerciales internacionales. A pesar de esto, son contratos que no se encuentran regulados en muchas legislaciones, incluyendo la costarricense.

La Guía Unidroit hace hincapié en la importancia de diferenciar el contrato de franquicia en general, y específicamente el de franquicia principal internacional, de otros contratos con los que se le pudiera confundir, como es el contrato de agencia, el contrato de distribución, el contrato de licencia, el contrato de transferencia de tecnología, entre otros. Una correcta comprensión de la naturaleza y características del contrato de franquicia posibilitará un mejor entendimiento y utilización del mismo, así como su interpretación por parte de los tribunales, en caso que fuere necesario.

A diferencia de la franquicia de unidad, en la franquicia principal no estamos en presencia de un contrato tipo o de adhesión, sino que

las partes pueden negociar las condiciones y términos en que se realizará el contrato. De ahí que la fase de negociación del contrato sea de gran importancia para ambas partes, y en ella deben discutirse todos los posibles problemas que puedan surgir durante la ejecución del contrato. Esta negociación no excluye, por supuesto, que sea el franquiciador quien lleve ventaja a la hora de lograr condiciones que le favorezcan.

La franquicia principal internacional involucra tanto a los sujetos del contrato principal, franquiciador y subfranquiciador, como a los subfranquiciados, ya que aún cuando estos últimos no son parte de este contrato, muchas de sus estipulaciones influirán en la forma en que puedan desarrollar su negocio. Un ejemplo de esto son las disposiciones sobre la expiración del contrato principal, ya que si no se ha previsto nada al respecto, los contratos de subfranquicia podrían expirar de forma automática junto con el principal.

Dado el especial objeto del contrato de franquicia principal internacional -que involucra la transferencia de derechos de un alto contenido económico, como son los derechos de propiedad intelectual, incluyendo marcas, nombres comerciales, know how, además de secretos comerciales- las partes deberán tener en cuenta no sólo aquellos aspectos que usualmente se incluyen en los contratos, como el objeto, los derechos y obligaciones de las partes, la duración del contrato, etc., sino también, entre muchos otros temas, el manejo de esos derechos de propiedad intelectual, la responsabilidad ante los usuarios del sistema de franquicia y las posibles indemnizaciones por daños, las cláusulas de confidencialidad y no competencia, y los efectos de la terminación del contrato, ya sea de forma normal o anormal; efectos que involucran no sólo a las partes del

contrato principal sino, como ya mencionamos, a los subfranquiados.

Además del contrato de franquicia en sí, las partes pueden regular su relación a través de otros documentos accesorios, como son contratos preliminares, cartas de intención, contratos secundarios, contratos de addenda, etc., y cuyos objetivos principales pueden ser obligar a personas que no son parte del contrato principal, hacer ajustes si la relación de franquicia cambia después de firmarse el contrato principal, o cumplir con determinadas leyes locales. Estos documentos accesorios permiten además mantener un contrato de franquicia básico y uniforme, que puede ser adaptado a cada situación particular mediante los mencionados documentos.

El contrato de franquicia principal internacional engloba temas regulados por diferentes ramas del Derecho; de ahí que deban tenerse en cuenta las regulaciones no sólo comerciales y contractuales del país anfitrión, sino también las migratorias, impositivas, registrales, aduaneras, sanitarias, financieras, y de derecho común, entre otras. De esta forma será posible adaptar el sistema de franquicia al mercado local, y adaptar el contrato a las exigencias de la legislación nacional.

La Guía Unidroit para los acuerdos de franquicia principal internacional es un instrumento muy valioso no sólo para los profesionales en derecho sino también para los empresarios que se enfrenten a esta forma

de negocios. Por la gran variedad de temas que incluye y las soluciones que brinda a los problemas surgidos de la discusión de esos temas, su contenido puede ser una inestimable ayuda a la hora de negociar y redactar un contrato de franquicia principal internacional.

Bibliografía:

Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), 2005.

Libros:

Fuentes, Bernal, y Jiménez, Fabio. El Contrato de Franchising. Primera Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2000.

Pérez Vargas, Víctor, Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, Primera Edición, Litografía e Imprenta LIL S.A., San José, 2005.

Romero Pérez, Jorge Enrique. Contratos Económicos Modernos. Primera Edición. Editorial Editorama, San José, Costa Rica, 2004.

Artículos:

Carvajal Carvajal Marianela, El contrato de franquicia comercial. Revista Judicial # 87. Edición digital.

<http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/DOCS/revista%20judicial/RevJud87/principal.htm>

Madrigal Salazar María del Rocío, El Contrato de Franquicia. En Revista Judicial No. 93, Corte Suprema de Justicia, Septiembre de 2009.

Sitios web:

http://www.wsicorporate.com/article/cch_business_franchise_guide.

Jurisprudencia:
Sentencia No. 001-F-94, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas del 5 de Enero de 1994.