

# **EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

*María del Rocío Madrigal Salazar*

## **SUMARIO**

### **Introducción sobre contrato de franquicia**

#### **1- Comentarios Preliminares**

#### **2- Antecedentes**

#### **3- Definición**

#### **4- Naturaleza Jurídica**

#### **5- Elementos Diferenciadores**

#### **6- Derechos y Obligaciones (Franquiciado/Franquiciante)**

#### **7- Cláusulas importantes**

**Límites al Control del Franquiciado**

**Inversión**

**Exclusividad**

**Fechas de implementación**

**Causales de resolución**

**Licencia**

**Cesión de la Franquicia**

#### **8- Principales modalidades**

**Distribución**

**Producción**

**Servicio**

**Corner**

#### **9- Ventajas y Desventajas del Contrato de Franquicia**

**10- Tratamiento Tributario**

**11- Jurisprudencia UNIDROIT**

**12- Extensión de la Responsabilidad al Franquiciante**

**13- La Terminación del Contrato**

**Reflexiones Finales**

**Bibliografía**

# EL CONTRATO DE FRANQUICIA

*María del Rocío Madrigal Salazar*

## INTRODUCCIÓN

En el trabajo que a continuación realizaré, hablaré sobre el contrato de franquicia y también conocido doctrinal y jurisprudencialmente como contrato de concesión mercantil, aspectos generales, elementos diferenciadores con el contrato de distribución y su tratamiento desde la perspectiva tributaria costarricense.

Este trabajo de investigación está estructurado en secciones, cada una abarcando un tema diferente. Para realizar dicho trabajo, he recurrido a autores como los Licenciados Juan M. Farina; Jaime Alberto Arrubla Paucar, Jorge Mosset Iturraspe, Osvaldo J. Marzorati y la jurisprudencia nacional.

De vital importancia para esta estudiante resulta conocer el tratamiento nacional a esta figura con la finalidad de poder contribuir al uso práctico y correcto de dicho instrumento.

Desde su inicio, la cuestión no viene a ser un tema de fácil estudio y por lo tanto, atenta a tales limitaciones, este trabajo de investigación se ha realizado con un enfoque general tratando de abarcar cada tema individualmente en forma sencilla pero clara.

## 1- COMENTARIOS PRELIMINARES

Este contrato es conocido internacionalmente con el término de franquicia tomado de la palabra “Franchising” del Idioma Inglés, o también conocido como contrato de concesión mercantil que para muchos se originó en los Estados Unidos. Jaime Alberto Arrubla Paucar en su obra Contratos Mercantiles- Contratos Atípicos dice que se les muestra como “creaciones contemporáneas del mundo de los negocios y de la economía.”<sup>1</sup>

Lo anterior por cuanto son relativamente recientes comparados con otras formas contractuales. Su aparición se le atribuye a los cambios económicos que obligan a intensificar los esfuerzos por expandir productos y servicios a más usuarios y consumidores, conquistando nuevos y mayores clientes, unificando sistemas de ventas, reduciendo costos y mejorando la rentabilidad del producto o servicio.

Otros autores señalan que la palabra “franquicia” es de origen francés, cuyo significado es libertad o derecho concedido. También señalan que originalmente, la palabra se utilizó en las épocas medievales y el derecho tenía que ver con la explotación de las tierras ríos, bosques o algún otro dominio del rey.

---

1 ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles- Tomo II-Contratos Atípicos. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín 2002, p.283.

Sostiene Marzorati al respecto lo siguiente “En los últimos años se ha desarrollado en el derecho de los negocios una figura vinculada a una moderna forma de distribución comercial. Se trata del franchising, que si bien conoce antecedentes en los Estados Unidos a principios de siglo, recién toma auge en el contexto muy diferente en la década de 1950.”<sup>2</sup>

El abandono de la concepción romana del *numerus clausus*, fue sustituida por la concepción del esquema de los contratos atípicos proveniente del Código Civil Italiano que Jorge Mosset Iturraspe cita de la siguiente forma: “Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico.”<sup>3</sup>

Justamente, como veremos, el contrato de franchising pertenece a los contratos atípicos que aunque la mayor parte de los doctrinarios le atribuyen sus orígenes en Estados Unidos de América, otros autores sostienen que no es un fenómeno exclusivamente norteamericano porque su desarrollo logró atravesar fronteras, tanto así, que es de uso muy común y frecuente en Europa e inclusive en América Latina.

## 2- ANTECEDENTES

Como ya se dijo, para algunos autores, este tipo de contratos tiene sus orígenes en los Estados Unidos a finales del siglo pasado, primordialmente en la industria automovilística, comidas rápidas y de las

bebidas gaseosas. Algunos autores afirman que el primer fabricante de automóviles en utilizar este sistema fue la General Motors en 1898. La doctrina también señala que el modelo de la franquicia comercial fue utilizado por las grandes marcas de combustibles y cadenas hoteleras.

En términos generales, el mecanismo de franquicia consistía en otorgar una licencia a los distribuidores y embotelladoras locales con la finalidad de establecer redes de distribución que a la vez lograran introducir los productos en nuevos mercados.

Por otro lado, Marzorati sostiene que la franquicia tiene un antecedente muy próximo en Europa en donde la Iglesia Católica concedía a ciertas personas autorizaciones para que representaran a la Iglesia con la finalidad de recolectar los tributos que les correspondían. Los recolectores obtenían el derecho a ser remunerados mediante la modalidad de retención de un monto de lo recolectado, teniendo obligación de entregar a la iglesia lo restante.

Para otros autores, la franquicia nació en 1850 cuando la empresa estadounidense Singer Sewing Machine Company otorgó una serie de franquicias a comerciantes independientes, quienes habían manifestado su interés en comercializar esos productos. Los comerciantes fueron autorizados a comercializar los productos de la empresa, pero no solo eso, sino que se les otorgó autorización para el uso de la marca en conexión con la actividad de comercialización de los productos de la Singer.

2 MARZORATI, Osvaldo. *Sistemas de Distribución Comercial*. Editorial Astrea, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1990.

3 MOSSET, Iturraspe, Jorge. *Contratos*. EDIAR. Buenos Aires 1988. p 58.

Este modelo permitía a las empresas ahorros importantísimos ya que evitaban realizar inversiones de capital en virtud de que éstas debían ser efectuadas por los concesionarios. Es por esto que la doctrina afirma que desde el punto de vista económico, la franquicia es un método vinculado a la comercialización de productos o servicios.

Dice Marzorati al respecto que el franquiciante tiene un producto o servicio que sabe que llena una necesidad en el mercado y su primordial interés es definir un sistema de mejor distribución de ese producto o servicio de la manera mas eficiente y efectiva que le permita penetrar con mayor rapidez la mayor extensión de posible de un segmento determinado del mercado, “para acceder lo mas rápidamente posible a nuevos territorios, cruzar límites estatales o políticos y aun fronteras nacionales.”

Cabe señalar que en sus orígenes, este modelo poco a poco se fue extendiendo, y para los años treintas, las grandes empresas petroleras incursionaron en esta figura, para luego ser utilizado por otras empresas de productos alimenticios.

Algunas de las empresas que han acogido enormemente esta figura son Kentucky Fried Chicken, Pizza Hut y McDonald’s. Este sistema ha resultado tan exitoso que hoy en día se aplica en casi todos los ámbitos de la industria y el comercio.

Como resultado de este modelo se dice que los sistemas tradicionales de distribución han evolucionado de un sistema de completo control a uno de descentralización en donde los dueños de una empresa depositan en terceras personas la fabricación, distribución, venta y comercialización de sus productos y servicios.

Este sistema es el que ha permitido desarrollar ampliamente redes de comercialización utilizando a los minoristas independientes como medio para llegar al consumidor.

Es importante señalar que con el tiempo, las empresas fabricantes también optaron por utilizar mecanismos de distribución exclusivos. Esto se debió a la sencilla razón de que ciertos modelos de distribución y comercialización incluidos el de franquicia comercial, crean un alto nivel de dependencia en el distribuidor. Por el contrario, existen otros sistemas que le permiten al distribuidor comercializar productos de otros fabricantes, inclusive algunos que podrían considerarse competidores entre si. En ese tipo de contratos se perciben niveles de dependencia muy bajos y el lazo entre el fabricante y el distribuidor, por lo general no son tan estrechos.

Por otro lado, cabe señalar que la calidad de los productos o su contenido tecnológico ha obligado al uso de distribuidores exclusivos porque esta estrategia permite al fabricante mantener un mayor control y protección sobre el prestigio de la marca cuyo aspecto resulta de vital importancia para competir en un mercado cada día mas competitivo.

### **3- DEFINICIÓN**

A nivel doctrinario, no existe un consenso sobre su definición, siendo en aproximación un contrato por el cual, un comerciante denominado franquiciante, otorga a otro- denominado franquiciado-, una licencia, para que venda sus productos o servicios. Por lo general, el franquiciado paga un canon por este privilegio, mas una regalía (royalty) que es un monto calculado sobre el monto de las ventas que concrete el franquiciado en un periodo determinado.

Para otros autores, es un sistema de distribución comercial utilizado por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba, la transmisión de un know how, la licencia y posibilidad de utilizar sus marcas, asistencia técnica y contable bajo control de otorgante y sujeto estrictamente a un método preestablecido por él, en contraprestación de lo cual se paga un canon y otras prestaciones adicionales.

La doctrina también sostiene que al hablar de franquicia se habla de prestigio. Se hace también referencia a lo que se denominó en la Edad Media como Cartas Blancas que fueron ciudades que contaban con ciertos privilegios atinentes al pago de impuestos y el derecho de circulación con el que contaban los ciudadanos.

Dice Farina que “Básicamente el franchising es una suerte de simbiosis: una parte, que es conocida como franchisor (franquiciante), le otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franchisee (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad. El franchisee generalmente paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre grandes ventas.”<sup>4</sup>

En lo medular, la franquicia permite la distribución continua y permanente del producto y servicio de un fabricante. En la franquicia se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, que generalmente está limitado a un ámbito territorial de distribución del producto o servicio que se le identifica con una marca comercial propiedad del fabricante a cuyo estricto control y asistencia técnica se obliga el franquiciado y se obliga el franquiciante.

Por lo general los empresarios que obtienen una franquicia lo hacen en virtud de la imagen con la que cuenta el producto o servicio, situación que de alguna forma les asegura un buen posicionamiento en el mercado y el éxito del negocio. Justamente, este éxito radica primordialmente en que el franquiciante enseña al franquiciado las técnicas o métodos que desenvuelve para comercializar sus productos y/o prestar los servicios y según los cuales el franquiciado deberá desempeñar sus actividades siempre sujeto a las normas e instrucciones y sujeto a un nivel muy estricto de supervisión continua del franquiciante.

Por este motivo, el sistema puede resultar sumamente ventajoso para ambas partes del contrato porque en la medida en que mejor posicionado esté el producto o servicio, el franquiciado o concesionario podrá aumentar las ventas y el franquiciante, podrá obtener mayores sumas por concepto de regalías, puesto que éstas se calculan en consideración al monto de las ventas brutas que realiza el franquiciado.

Desde la perspectiva del franquiciante, este modelo tiene muchas ventajas ya que le permite apartarse de los riesgos propios con conlleva la iniciación de una actividad comercial autónoma tales como conocimientos técnicos, desarrollo de productos, promoción y estructuración de ventas, publicidad, y mercadeo.

También es común que el franquiciante preste capacitación continua a los empleados del franquiciado con la finalidad de que el servicio y producto sea el mismo sin importar el lugar o el tiempo en que presta o vende el mismo, agencias para selección de personal, asesoramiento a cargo de expertos en tasas

---

4 FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Astrea, Argentina, 2005 p.555.

de impuestos y otros servicios. Lo anterior es lo que ha venido llamando la doctrina como las ventajas indirectas del contrato de franquicia.

Se advierte que no existe un concepto análogo de contrato de franquicia en los textos consultados. No obstante, es importante indicar textualmente el concepto dado por Arrubla puesto que nos parece bastante completo: "Cabe conceptuar, en general, el contrato de concesión comercial, como aquella convención por la cual el fabricante o importador (el concedente) de cierto tipo de productos, de características especiales (llamados de alta tecnificación), regula detalladamente las condiciones de la venta permanente de los mismos a los consumidores y el posterior servicio de mantenimiento o reparación, por intermedio de la actividad de su contratante (el concesionario), quien actúa en nombre propio, con autonomía patrimonial y jurídica, corriendo con los costos de su explotación, pero, en cuanto a la venta, de los productos, por cuenta del primero, a quien está económicamente integrado en forma vertical, a través de un haz de variadas obligaciones, que tienden a estimular, dirigir y controlar su acción, desarrollada en un régimen de exclusividad, que le impide trabajar con productos concurrentes fabricados por la competencia; todo a cambio de una comisión por unidad de producto vendida y el suministro normalmente en condiciones redituables, de los accesorios y repuestos necesarios para el servicio de postventa de los productos."<sup>5</sup>

De la anterior definición es importante extraer varios componentes claves que se detallan a continuación:

- 1- Concesión de cierto tipo de productos
- 2- Características especiales
- 3- Regula detalladamente condiciones de venta y servicio
- 4- Actuación en nombre propio del franquiciado o concesionario
- 5- Autonomía patrimonial y jurídica del franquiciado o concesionario
- 6- Modelo o métodos de negocio mediante los cuales controla y dirige la acción del franquiciado
- 7- Derecho de carácter exclusivo
- 8- Pago de una comisión

#### **4- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

En este tipo de contrato, se produce una correlación de intereses entre los contratantes que los hace dependientes uno del otro. En virtud de estos intereses mutuos, es muy común que en el contrato de franquicia converjan varios tipos de contratos que comúnmente podemos ver también en forma separada, como lo son el de licencia de marcas y know how, este último conocido como la actividad de explotación de fórmulas, prestigio e ideas desarrolladas por el franquiciante a lo largo de muchos años.

La doctrina mas autorizada califica este tipo de contrato como uno de colaboración empresarial, que implica básicamente, un modelo de cooperación reciproca entre distintas empresas independientes, a los fines de que por medio de la acción común de las mismas, se logre, el desarrollo de los negocios en forma más efectiva y segura.

---

5 ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Ob. Cit. p. 289.

Pero si bien debería existir un equilibrio de poder, en realidad la franquicia crea una situación de sometimiento al franquiciado y a cambio pone a su alcance una técnica empresarial para asegurar el éxito de la franquicia. Por otro lado también le ofrece al franquiciado un producto y marca que gozan de una fama y buen nombre. Estos elementos claves resultan de carácter uniforme para todos los franquiciados que integran la red del franquiciante, creando así una imagen de distribución.

Al respecto opina Farina “El franchising implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes, pues se requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas. La condición ideal para ello está en la colaboración sobre la base de un equilibrio de poderes y de ganancias entre las partes, pero en realidad de los hechos, es el franchisor quien impone las condiciones y el franchisee se somete.”<sup>6</sup>

Como ya se dijo anteriormente, para otros autores, el franchising contiene todas las características del contrato de concesión manifestando que son de aplicación las normas reguladoras de la misma y agregando las normas relativas a la transferencia de marcas, designaciones comerciales y tecnología.

Como se dijo líneas atrás, el contrato de franquicia corresponde a la categoría de contratos atípicos modernos, no regulados expresamente en el ordenamiento jurídico costarricense.

Su regulación la encontramos vía jurisprudencia nacional de conformidad con el precepto consagrado en el Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual establece que: “(...) Los principios generales del derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.”<sup>7</sup>

Sobre la naturaleza del contrato de franquicia la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario interpuesto por Femada Sociedad Anónima contra Derivados de Maíz Alimenticio, S.A., sostuvo lo siguiente “La contratación verificada entre las partes constituye un contrato mercantil moderno. Es el de franquicia. Ese tipo de convenio no está regulado por nuestro ordenamiento. Siguiendo la doctrina y los principios generales del Derecho mercantil puede ser identificado jurisprudencialmente (Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es un contrato de concesión mercantil. En él un empresario concedente, llamado franquiciante, se obliga a otorgar a un empresario concesionario, denominado también como franquiciado, la distribución de sus productos o servicios, o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos exclusivos. En contrapartida recibe una retribución, denominada en el common law como royalty. Esta puede consistir en un precio o porcentaje fijo o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus

6 FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. ASTREA. Buenos Aires, Argentina, 2005.

7 Ley Organica del Poder Judicial. Artículo 5.

rendimientos y su posición en el mercado. Es diferente del contrato de distribución. Pese a ser ambos mercantiles. Este último otorga al empresario distribuidor el derecho de vender en un sector determinado los artículos producidos por el empresario concedente. Ellos mantienen un mismo precio en el mercado. Lo fija el productor y lo respeta el distribuidor. A falta de pago del cliente el distribuidor paga porque él asume todos los riesgos una vez recibida la mercadería. Generalmente el distribuidor es un mayorista cuyos clientes son comerciantes detallistas quienes revenden en forma directa al público. El empresario concedente amplía sus negocios mediante empresas independientes. Con esto evita costosas estructuras administrativas y elude responsabilidades de diverso orden. En ambos las partes fijan un plazo, y a falta de éste se entiende indefinido. Por principio general, en ambos casos, quien incumple debe indemnizar. La diferencia principal entre ambos, señalada en el sistema del common law está en el know how o saber como en español. El franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa entregando los manuales operativos y de funcionamiento necesarios. Transmite todo el conocimiento indispensable para la explotación comercial.<sup>8</sup>

El contrato de franquicia se trata de un contrato atípico, innominado, conmutativo, no formal, bilateral, oneroso de ejecución continuada, siéndole de aplicación, los principios generales de los contratos. la autonomía de la voluntad y los principios de orden público y buena fe en su celebración y ejecución.

## **5- ALGUNOS ELEMENTOS DIFERENCIADORES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

El contrato de franquicia impone al franquiciado la aplicación de métodos muy específicos y rígidos de mercadotecnia, iguales a los utilizados por el franquiciante. El contrato también incluye cláusulas contractuales muy detalladas tendientes a permitir el control del franquiciante en cuanto al estricto cumplimiento por parte del franquiciado relativos a la ejecución de los métodos de mercadeo.

Se dice que este es justamente uno de los elementos diferenciadores del contrato de distribución, ya que en éste, el distribuidor no necesariamente está obligado a seguir un método determinado de mercadotecnia, como si lo estaría en la modalidad de franchising.

Otro de los elementos diferenciadores de este contrato con el de distribución, consiste en que en el de distribución, la fabricación o preparación del producto la realiza exclusivamente el productor sin que la otra parte intervenga en el proceso de fabricación. En el contrato de franquicia, lo normal es que el franquiciado no solo fabrique el producto que vende, sino que con ello adquiere el know-how que le transmite el franquiciante precisamente con esa finalidad.

No obstante las distinciones que se hicieron en los párrafos anteriores, algunos autores insisten en que la franquicia es un sistema de distribución utilizado por empresas

---

8 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 73 de las 15:40 del 17 de julio de 1996.

independientes y que se basa en una relación contractual permanente en donde el otorgante de la franquicia esta obligado en proveer, organizar, otorgar derechos de propiedad industrial y entrenar al franquiciado.

El contrato de franquicia entonces tiene una serie de diferenciaciones o rasgos dentro de los cuales, los mas importantes son los siguientes: a) independencia entre las partes, ya que son jurídica y financieramente autónomos e independientes; 2) existe un factor de cooperación ya que ésta se manifiesta en su mayor expresión porque de ello depende el éxito del negocio para el franquiciante; 3) permanencia de la relación porque ella es continua lo que a su vez crea un relación de dependencia entre franquiciado y franquiciante; 4) uso de formato uniforme que implica fundamentalmente que el contrato de franquicia por lo general es un contrato que contiene cláusulas tipo que una de las partes presenta a la otra y que rara vez son modificadas.

## **6- DERECHOS Y OBLIGACIONES GENERALES DE LAS PARTES**

Las partes intervinientes en el contrato de franquicia son el franquiciante, también denominado el concedente por los autores y la jurisprudencia que se refieren a él como un contrato de concesión mercantil, y el franquiciado o concesionario.

Como se ha venido desarrollando en este trabajo, se debe entender por contrato el acuerdo mediante el cual nacen obligaciones para una parte. En el caso específico que nos ocupa, el contrato de franquicia, estamos en presencia de un contrato bilateral, es decir, que hay un acuerdo de voluntades del cual nacen obligaciones y derechos para cada una de las

partes involucradas. En tal sentido, el contrato genera derechos y obligaciones reciprocas algunas de las mas importantes son las que se resumen a continuación:

### ***Para el Franquiciante:***

i) Adjudicar el derecho de explotar una unidad comercial u operativa en franquicia; ii) suministrarle al franquiciado el Know-how, las técnicas e instrucciones y el sistema para operar; iii) otorgarle al franquiciado exclusividad territorial cuando así lo han acordado; iv) otorgarle al franquiciado licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas (entre otros); v) proporcionar los manuales que contengan un detalle de los sistemas y procedimientos de operaciones de la franquicia de que se trate; vi) proporcionarle especificaciones de relaciones con terceros, clientes, publicidad, promoción, diseño y equipamiento del local o locales, métodos contables, la capacitación del personal; vii) suministrarle productos y servicios; implementar medidas de control y fiscalización para asegurar el cumplimiento de las condiciones acordadas en el contrato; viii) fijar las causales en lo relativo a las condiciones y plazos para que opere la renovación o la extinción del contrato.

### ***Para el Franquiciado:***

i) Pagar al franquiciante una tasa inicial por tener el derecho de formar parte de la cadena, que le permite hacer uso de la franquicia; ii) pagar al franquiciante una regalía periódica, comúnmente calculada en función de la venta bruta obtenida en un periodo determinado; iii) ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciante; iv) adquirir la licencia de utilización de nombre, marca; v) cumplir con el programa de

capacitación establecido por el franquiciante; vi) guardar la debida reserva, secreto, de toda la información suministrada por el franquiciante; vii) contar con un sistema informático y contable acorde con los requerimientos del franquiciante que le permitirán ejercer un control y supervisión sobre la operación; viii) desempeñar la actividad cumpliendo con la normativa vigente que regule los distintos aspectos que hacen a la operatividad de la franquicia; ix) no ceder ni subfranquiciar, claro está, a menos que el contrato disponga lo contrario; x) abstenerse de seguir utilizando el nombre y /o la marca una vez concluida la relación contractual.

## **7- ALGUNAS CLÁUSULAS IMPORTANTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

### ***Límites al control sobre el Franquiciado***

En este punto es importante resaltar que la Franquicia se basa en un concepto de uniformidad de imagen, que crea para el cliente final la sensación de que cualquiera de los puntos de venta que forman parte de la cadena le ofrecerá la misma calidad, precio y servicio, por lo que satisfecho con uno de los puntos, no tendrá problemas en acudir a otro punto que forme parte de esa cadena.

Para lograr esta uniformidad, el Franquiciante se reserva el derecho de fijar los lineamientos del sistema, así como mantener un control sobre la operación misma. La doctrina consigna que este control no implica necesariamente tener que llegar a extremos tales que se interfiera con las actividades diarias del Franquiciado.

Se debe recordar que cada franquicia es un ente independiente, con personalidad jurídica

propia, por ello debe lograrse un equilibrio, para permitir que la uniformidad del sistema no se vea afectada, así como que el control que el Franquiciante realiza no interfiera con las actividades del Franquiciado. En términos generales, podemos decir que el Franquiciante debe limitarse a asesorar, capacitar y fijar los lineamientos del sistema estableciendo métodos de control y supervisión bajo parámetros razonables que todo caso, por lo general están contenidos en los manuales respectivos y que son de aplicación general.

### ***Inversión***

Por tratarse de un contrato de colaboración empresarial, el franquiciado deberá hacer inversiones precisas para la apertura y puesta en marcha del establecimiento, así como todas aquéllas que en el curso de su explotación pudieran requerirse para el normal ejercicio del negocio. Generalmente, en el contrato de franquicia se establece el monto de la inversión inicial tanto como cualquier otra que deba realizarse en un plazo determinado a la que frecuentemente estará sujeto el franquiciado como condición para renovar el contrato una vez vencido el plazo.

### ***Exclusividad***

Las franquicias por lo general establecen un marco de exclusividad de funcionamiento de carácter territorial, ya que se concede para su explotación en exclusiva en una demarcación geográfica concreta de la cual no puede extenderse el franquiciado. Esto por cuanto es posible que el franquiciante otorgue nuevas franquicias bajo el mismo concepto de exclusividad territorial a otro franquiciado y por lo tanto existe la obligación de respetar el derecho de explotar la franquicia dentro de los límites territoriales establecidos contractualmente.

Lo mas recomendable es que la exclusividad quede pactada en el contrato mismo en virtud de que pueden suscitarse situaciones contradictorias que generalmente salen a flote cuando se presentan conflictos entre las partes. Nuestra Sala de Casación ha resuelto sobre el tema, que cuando la exclusividad no ha quedado pactada en el contrato, ésta se puede demostrar con otros documentos. Al respecto resolvió la Sala lo siguiente. “Contrario a lo que afirman, tal ligamen y su carácter exclusivo sí se derivan de las probanzas que obran en este litigio. Debe tomarse en cuenta que dentro de los medios probatorios que mencionan en sus alegatos, y que son analizados por el Tribunal, están, entre otros, una serie de facturas de Pharmacia por diversos rubros, en las que figura como deudora Trisan. En las que corren a folio 10 y 19 se detallan, junto con otros productos y servicios, una determinada cantidad de “Excenel” . En el folio 21 se observa una nota girada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería en la que informa a Trisan que debe retirar los certificados de registro de un producto, que describe como “Excenel” . A folio 23 se adjunta un oficio de Trisan a Pharmacia en el que solicita literatura del producto “Excenel” al mostrar acogida el medicamento entre veterinarios que desean conocer más de él. En el folio 25 consta un correo de un funcionario de Pharmacia quien comunica a personeros de Trisan que el precio del “Ovalyse” debe incrementarse por la baja rentabilidad. En otra nota que corre a folio 26 les pide datos sobre la presencia en el mercado de un producto competidor de origen chino. A folio 29 se relata la necesidad de otorgarle un poder a Trisan para que registre, distribuya, importe y exporte los productos de Pharmacia. También se adjuntaron notas

de débito y correos que detallan diversos tipos de asuntos de naturaleza negocial entre los litigantes. Estos medios probatorios que se aportaron con la demanda, contrario a lo que afirman, no fueron controvertidos, ni negada su veracidad. Si bien se trata —en su mayoría— de documentos privados que no se reconocieron a nivel judicial, eso no les resta eficacia probatoria per se, pues aunque no tienen igual jerarquía que los reconocidos, tampoco es jurídicamente admisible tenerles por inexistentes. Debe considerarse que del análisis conjunto con las demás probanzas es posible cotejar la veracidad de los datos que contienen, como en efecto procedió el Ad quem. De todos ellos, así como del testimonio rendido por Gustavo Adolfo Vargas Vargas, quien declaró haber trabajado para Trisan por espacio de 19 años, se colige que esa empresa fue distribuidora exclusiva para Costa Rica de los productos de Pharmacia. Este testimonio fue confrontado con el que rindió Silvia Varela Ramón, representante de Pfizer, el cual, por los motivos señalados por el Tribunal, que comparte esta Sala, no merece credibilidad alguna, pues fue esquivo y contradictorio. La actora aportó, entonces, medios de prueba que valorados en conjunto, atendiendo el mandato del ordinal 330 del Código Procesal Civil, acreditaban la existencia del ligamen exclusivo. Las demandadas por su parte, no proporcionaron ninguna probanza que descarte tal característica.<sup>9</sup>

### ***Fechas de implementación***

La regla general es que la franquicia fije fechas que detallan las etapas concretas y las fechas de cumplimiento que comprenden el primer contacto hasta la puesta en funcionamiento

<sup>9</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 384-F-SI-2008 de las 15 horas con cincuenta y cinco minutos del 6 de junio de 2008.

del negocio. También se pueden fijar plazos máximos de tolerancia que algunas veces dependen de ciertas circunstancias determinadas contractualmente.

### ***Causas de resolución contractual***

El contrato de franquicia fija las causales que podrían hacerlo objeto de resolución anticipada. Las causales pueden ser de diferente índole, pero dentro de las mas importantes que se pueden mencionar se encuentran los siguientes supuestos: i) violación de la cláusula de confidencialidad; ii) cesión no autorizada de los derechos de franquicia; iii) prestación de servicios diferentes a los que configuran la oferta de la franquicia; iv) comercialización de productos diferentes a los autorizados; v) violación a la cláusula de exclusividad; vi) uso de la marca y/o demás signos distintivos de la franquicia para fines distintos de su exclusiva explotación; vii) uso de marcas y/o signos distintivos diferentes de los de la franquicia; viii) no contar con los sistemas operativos e informáticos necesarios para la buena gestión de la franquicia; ix) por falsear u ocultar de cualquier forma a la central información relevante para que se conozca, en todo momento, la situación real de la gestión franquiciada; x) incurrirse en falta grave o reiterada en la aplicación de los procedimientos, instrucciones técnicas y demás procesos y elementos integrantes del saber hacer de la franquicia de conformidad con los manuales operativos elaborados, facilitados y regularmente actualizados por el franquiciante; xi) incumplimiento de los compromisos de pago; y xii) incumplimiento de los compromisos de no competencia.

No solamente existen causales de resolución para el franquiciado sino también para el franquiciante. Sobre este tema particular,

nuestra Sala de Casación ha venido analizando ciertas causales de resolución contractual por incumplimiento, como por ejemplo la violación del derecho del franquiciado de distribuir el producto en su zona exclusiva. Al respecto ha establecido la siguiente línea jurisprudencial: “Para la adecuada resolución del recurso debe determinarse si hubo o no incumplimiento de la recurrida y su eventual responsabilidad. La conducta de la demandada facultaba a Femaka a tener por resuelto el contrato porque le impidió, sin justa causa, distribuir el producto en uno de los lugares pactados. Con ello se violentaba el contrato. Según fue determinado pericialmente el lugar limitado a la contratación resultaba vital. Afectaba no solo una zona sino el contrato en si mismo. Y tal limitación fue impuesta unilateralmente. Sobre el tema la franquiciante no aportó pruebas idóneas oportunamente, para probar el incumplimiento de la franquiciada. En consecuencia ese perjuicio permite jurídicamente a la actora a actuar como lo ha hecho. Lo contrario sería violentar los principios fundamentales de la buena fe intrínsecos en toda relación contractual. En efecto el artículo 692 del Código Civil permite esa posibilidad. Y el mismo principio lo consagra el numeral 425 del Código de Comercio. Es la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico por transgredir un vínculo obligacional con fuerza normativa para las partes. Se trata de acciones otorgadas al cumpliente en razón del incumplimiento del otro. Precisamente porque los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y los Tribunales están llamados a garantizar su cumplimiento (artículo 1022 ibídem). Pero es claro, en todo caso, que las acciones derivadas del precitado 692 son otorgadas solamente a la parte cumpliente. Y ésta debe ser decisiva. No es procedente la resolución, aún demostrado un incumplimiento menor, si carece de la importancia necesaria dentro de la relación

contractual. Para aplicar la sanción más grave contemplada por el ordenamiento civil, sea la terminación de una relación contractual nacida válida y eficaz, con los efectos retroactivos y la lógica consecuencia restitutoria y resarcitoria, se requiere un incumplimiento grave. Esta es la tesis de la casación para justificar también la paz dentro de las relaciones contractuales. Para mantener la presunción de la buena fe dentro de los acuerdos de voluntades privadas. Reputar lo contrario iría contra los principios informadores de la buena fe contractual. Por esa razón la mala fe debe demostrarse.”<sup>10</sup>

Importante de extraer de la sentencia citada es que cabe resaltar que en cuanto a causales de resolución del contrato se refiere, son observadas algunas reglas tomando como punto de partida el criterio de la existencia de incumplimiento unilateral, su gravedad, el perjuicio ocasionado con el incumplimiento y la facultad que le otorga el incumplimiento a la parte cumpliente de que se resuelva el contrato con el pago que pueda corresponder por los daños y perjuicios ocasionados.

### ***Otorgamiento de licencia***

La franquicias otorgan licencias atendiendo a unos criterios de selección rigurosos y a unas determinadas características que deberá reunir el franquiciado que en lo que interesa, quedará condicionada al cumplimiento de una serie de condiciones que se incluyen en el texto contractual.

Aquí cabe señalar un punto importante al cual no nos hemos referido ya que por lo general, se dice que este tipo de contratos incluyen cláusulas que limitan la cesión de los derechos

y obligaciones en ellos contenidos. Lo cierto es que con mayor frecuencia algunas cadenas están tienden a ser más flexibles y abiertos a negociación. Algunos autores sostienen que esto se debe a que a fin de cuentas lo que le interesa al franquiciante es que la operación se mantenga funcionando exitosamente y si existe un nuevo interesado en que quiera asumir las obligaciones del franquiciado, podrá hacerlo siempre y cuando cumpla con los requisitos que se le impondrían a cualquier otro.

Ante ese supuesto, hay que tener en cuenta que no todos los pactos del contrato son, por la propia naturaleza del contrato de franquicia, negociables y en ese sentido el franquiciante necesita mantener íntegra la herramienta uniforme que le sirve para gobernar la red, ya que esta herramienta esta creada a la medida de sus necesidades.

### ***Cesión de la Franquicia***

Si bien la franquicia puede ser considerada contablemente como un activo, no constituye por sí sola una inversión, que posibilite al franquiciante transmitirla libremente. Por lo general la concesión de una Franquicia se la otorga por consideración a la persona, al concesionario, y cualquier transferencia de derechos supone que necesariamente sea calificada y autorizada previamente por el franquiciado.

Al respecto de la cesión en cierto tipo de contratos, cabe señalar lo resuelto por la Sala Primer en los términos que a continuación se indican: En la Cláusula XVI, del contrato de representación y concretamente en su párrafo

---

10 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 73 de las 15:40 del 17 de julio de 1996.

tercero, se estipula que la accionada está facultada para ceder, total o parcialmente, los derechos u obligaciones que surjan de ese convenio, siempre que sea en favor de otra sociedad en que ella tenga participación. No consta, al menos en forma clara e indubitable, que esa facultad se haya ejercido, o sea, que efectivamente se haya concretado la cesión. Contra lo que afirma el Tribunal Superior, cabe destacar que no hay en los autos una prueba incuestionable al respecto. Es verdad que al pie del documento principal, en un espacio posterior al que corresponde a la firma de los contratantes, según el ejemplar del documento aportado por la accionada, se puede leer lo siguiente: “En calidad de sociedad a que han sido confiados los derechos y obligaciones según párrafo XVI, inciso 3, de este convenio, el 12 de octubre de 1970” (sic). Pero de ese texto, sin perjuicio de otras cosas que más adelante se considerarán, no es posible inferir un acuerdo de voluntades proclive al nacimiento de un contrato de cesión. Para ello, debió expresamente manifestarse que se recibían, por cesión, los indicados derechos y obligaciones, o al menos es de esperar que esa leyenda hubiere estado suscrita por la cedente. El texto es, pues, ambiguo y falta la expresión escrita de esta última. Pero, además, de ese texto no se puede saber si la pretendida cesión era total o parcial, o sea cuál era su alcance y trascendencia. (...)No sobra agregar, a mayor abundamiento, que de acuerdo con el Código Civil, el objeto de la cesión pueden ser derechos y acciones, como también derechos litigiosos; pero no obligaciones personales. En el presente caso, la demandada tenía obligaciones propias con la actora de las que no podía descargarse mediante el expediente de una cesión; de aquí

que también por este motivo, la ponderación del documento se sustenta en un error jurídico. (...)Al no existir el contrato de cesión y en todo caso al no ser debidamente informada de él la casa distribuidora, las partes vinculadas por el contrato sólo pueden ser las mismas que aquí contienen, lo que nos conduce a admitir que la empresa “G. M. Pfaff A. G. Kaiserslautern”, es la persona legitimada pasivamente para resistir esta acción.”<sup>11</sup>

## **8- PRINCIPALES MODALIDADES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

El contrato de franquicia no se presenta en una sola forma. Todo lo contrario, ha sido utilizado en una pluralidad de formas en las que influyen diferentes factores como el mercado, capacidad económica y espacio geográfico.

No obstante, la doctrina señala que existen cuatro formas o sistemas que funcionan de manera distinta los cuales se mencionan a continuación.

### ***Franquicia de distribución***

en esta modalidad el fabricante la utiliza como un mecanismo de distribución de sus productos. El franquiciado actúa como intermediario en las compras, selecciona productos que son fabricados por otras empresas y los distribuye a través de sus puntos de venta franquiciados en condiciones ventajosas. El franquiciante cede los productos que el mismo fabrica y/o la marca a sus franquiciados a cambio de regalías o precios de compra más altos. Sus características básicas se concentran en el

---

11 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 51 de las diez horas del 3 de abril de 1992.

desarrollo del producto o servicio, más que en la operación del negocio. Se le concede más libertad al franquiciado, pero a la vez menos aporte operacional. Se fija en este caso al franquiciado, los productos que tiene que vender con la aportación de la marca.

### ***Franquicia de Producción***

es aquella donde el franquiciador, además de ser el titular de la marca, fabrica los productos que comercializa en sus establecimientos franquiciados. En esta modalidad de franquicia, la empresa franquiciadora es la que fabrica los productos y es además propietaria de la marca, el Know-how por lo que otorga franquicias para que el franquiciado produzca los productos. Por tanto, la marca que distribuye y la que fabrica es la misma. El franquiciador actúa a modo de central de compras, seleccionando y negociando los mejores productos y las condiciones más ventajosas con los proveedores.

### ***Franquicia de servicio***

en este el tipo de franquicia se dice ser el más dinámico y con más proyección. El franquiciador cede el derecho a utilizar y comercializar una fórmula o sistema original de cualquier tipo de servicio con un nombre ya acreditado y que ha demostrado su eficacia a nivel de aceptación. Es la explotación de un determinado servicio cuya fórmula original es propiedad del franquiciador, quien la transmite a sus franquiciados. Este tipo de franquicias es la que tiene mayor auge en la actualidad.

Dentro de este tipo, el franquiciador le ofrece al franquiciado una fórmula original y específica de prestación de servicios al consumidor. Por su parte el franquiciado provee los servicios al cliente con el mismo nivel de calidad y a los

misimos precios. Es importante destacar, que debido a su carácter abstracto, esta clase de acuerdo necesita una constante colaboración y transmisión de Know-how por parte del franquiciador. Algunas de las empresas que acostumbran el uso de este tipo de franquicia son las cadenas de comidas rápidas como McDonalds, Kentucky Fried Chicken y Burger King.

### ***Franquicia-Corner***

Se da cuando un comerciante tradicional acepta destinar una parte de su local de una forma exclusiva a una determinada marca, bajo las siguientes normas: En la zona destinada sólo deberá haber productos con la imagen y la marca en cuestión y hay una mayor independencia y menor exigencia por el franquiciador. Se desarrolla dentro de un establecimiento comercial, por departamentos, en el cual existe un espacio franquiciado. En este espacio, se venden los productos o se prestan los servicios objeto de la franquicia, según los métodos y las especificaciones del franquiciador. Es aquella que se desarrolla dentro de otro establecimiento comercial, con un espacio franquiciado donde se venden los productos y/o se prestan los servicios del franquiciador de acuerdo con sus especificaciones.

## **9- ALGUNAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Las desventajas y ventajas pueden ser analizadas desde la perspectiva del franquiciante o franquiciado. Nos limitaremos a enumerar algunas de ellas, en términos generales. Dentro de las ventajas de esta modalidad de contratos podemos encontrar:

- La expansión rápida de los negocios;
- Inversión de capital y riesgos bajos para el franquiciante;
- Facilidad de administración para el franquiciante;
- Control en la cadena de franquiciados;
- Maximización del mercadeo, promoción y publicidad, y;
- Mayor aprovechamiento de la estructura del negocio.

Algunas de las desventajas para el franquiciado que pueden surgir de los contratos de franquicia y que requieren puntual atención, tienen que ver con:

- La determinación del territorio que comprende la franquicia;
- El plazo corto del contrato;
- Fijación de montos mínimos de ventas a los que está obligado el franquiciado para evitar perder la franquicia que algunas veces resultan excesivos;
- Fijación de los precios de los productos y servicios por parte del franquiciante y ;
- Condiciones no claras para la renovación o extinción del contrato.

Cabe señalar que aparte de lo anterior, el Franquiciado corre con un riesgo adicional, cual es realizar una inversión inicial para la puesta en marcha del establecimiento sujeto al diseño, tipo de construcción, muebles, equipamiento y ubicación del local preestablecidos por el franquiciante.

Sobre este tema Farina afirma lo siguiente: “el franchising representa la forma mas evolucionada de responder a las necesidades de la comercialización por medio de terceros. Es el equivalente a una concesión de licencia de marca, y se puede definir como la concesión de una marca de productos o de servicios, a la cual se le agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta.”

### **10- TRATAMIENTO AL CONTRATO DE FRANQUICIA DESDE LA PERSPECTIVA TRIBUTARIA**

Cabe señalar la importancia que ha tenido particularmente en el sistema tributario costarricense lo relativo a la autonomía patrimonial y jurídica entre las partes y cómo debe interpretarse esta autonomía para efectos tributarios. Este punto ha sido debatido por nuestros tribunales de la siguiente forma: “ (...) estima esta Sala que un análisis a fondo de las probanzas que obran en el expediente, lleva a concluir que en efecto, en aplicación de la realidad económica, se está frente a una comunidad de intereses entre Glysa y La Gloria, de lo que resulta que el supuesto acuerdo privado de concesión para uso de nombre comercial (franquicia) llevado a cabo entre ambas y el “royalty” que en teoría pactaron, en realidad son formas negociales que producen un efecto minimizador en sus deberes contributivos. (...) en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado. Para tales fines, el franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa, transmitiendo incluso el conocimiento indispensable para la explotación comercial, lo que es denominado “know how” (en este sentido, de esta Sala, véase resolución no. 73 de las 15 horas 40

minutos del 17 de julio de 1993). Por tal, en tesis de principio, dentro de su puridad conceptual, no presupone un mecanismo fraudulento. En ese escenario, los pagos de “royalty” pactados podrían generar un efecto reductor en la base impositiva, en tanto constituyen gastos que por ser necesarios para generar la renta, de ser demostrados, podrían ser deducibles. Empero, los efectos tributarios de ese tipo de negocios (deducibilidad de gastos) no son los mismos cuando en casos como el presente, ambas entidades en realidad son componentes de un mismo grupo de interés, en razón de participación en la propiedad y en la gestión que el cedente tiene en la esfera del cesionario. En tal supuesto, si bien el pacto constituye la causa legitimante para el uso de signos o denominaciones, procesos o estrategias que a nivel formal corresponden a una persona, en el ámbito tributario, resulta ser en realidad una forma jurídica que busca deducir las partidas supuestamente pagadas por concepto de “royalty”, mediante la reducción de la base imponible, la que se reitera, en virtud de la realidad económica no sería oponible al Fisco.”<sup>12</sup>

Debemos partir de que el principio de realidad económica ha sido interpretado como la facultad que otorga la ley para que en ejercicio de su función, el intérprete pueda atribuirle a los hechos el significado que más se adecue a la realidad considerada por la ley al crear el tributo sin que pueda apartarse de esa realidad, con lo cual se obtiene la finalidad de las normas tributarias y un correcto sentido de justicia.

La labor interpretativa es permitida como medida correctiva ante usos anormales o

situaciones creadas artificiosamente o la utilización abusiva de las formas jurídicas con el objetivo de alterar, modificar y manipular la situación y lograr una evasión de carácter tributario. Como consecuencia, debe el interprete apreciar si con el uso de la forma se configura en un beneficio que de otra forma no hubiese sido posible obtener.

El poder interpretativo en materia tributaria se encuentra en el Artículo 8 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios como poder-deber apoyándose el legislador en los artículos y principios antes indicados que le permiten establecer por un lado, un vínculo económico y por el otro, el vínculo jurídico entre diferentes personas, sean éstas físicas o jurídicas de tal forma que puede unir las personerías, capacidad y autonomía patrimonial independiente a los efectos de descubrir la realidad económica subyacente que debe necesariamente traducirse en un beneficio que solo pudo obtenerse con el uso de la forma empleada y con el objetivo de sustraerse de la obligación tributaria.

El estudio de la norma tributaria y la jurisprudencia, nos permite concluir que el legislador opta por apartarse del formalismo conceptual de las apariencias jurídicas empleadas por los contribuyentes aplicando valoraciones a la realidad de donde se desprende la verdad real y no la formal.

Esta valoración es lo que le permite al juez determinar si una conducta determinada persigue o no el sustraerse de las obligaciones tributarias, utilizando las formas como maniobra deliberada e intencionada para crear una apariencia ficticia. En otros términos,

12 RES: 000825-F-2006. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de octubre del dos mil seis.

el ocultamiento de verdades reales bajo las verdades formales, adoptando figuras contractuales, frente a la ley tributaria que genera como resultado, una disminución en la cuantía de las obligaciones fiscales.

## **11- EL CONTRATO DE FRANQUICIA - JURISPRUDENCIA UNIDROIT**

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) cuenta con un documento muy completo y útil denominado Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional que en su introducción hace mención a las razones de peso que dieron lugar a que la UNIDROIT formulara esta propuesta y que tienen que ver fundamentalmente, con la forma en que la figura se ha extendido rápidamente, en un relativo corto plazo a nivel internacional.

La jurisprudencia de la UNIDROIT ha resuelto algunos casos relacionados con este tipo de contratos. Así encontramos que en cuanto a la formación del contrato y la posibilidad de retirarse de las negociaciones de “mala fe”, cuando el empresario ha invertido una suma prefijada con la finalidad de obtener una franquicia, y que posteriormente se le quiere obligar a invertir una suma mayor a la inicialmente acordada, éste tendrá derecho a recuperar el monto inicialmente establecido y efectivamente invertido.

También existe jurisprudencia importante en cuanto la obligación de no competencia. Generalmente, como se indicó en párrafos anteriores, los contratos de franquicia establecen el territorio en el que se otorga el derecho de franquicia y en el que opera la prohibición de no competencia.

Este tipo de cláusulas son muy comunes en los contratos de franquicia de distribución los cuales prevén inclusive que esta restricción se mantendrá hasta tiempo después de acaecido el plazo del contrato o resuelto el mismo. La jurisprudencia de UNIDROIT ha dicho que cuando el contrato no dice nada sobre este punto, debe entenderse que la prohibición se extiende exclusivamente al territorio donde el franquiciado ha explotado la franquicia.

## **12- EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AL FRANQUICIANTE**

La franquicia no es un instituto regulado con amplitud en la mayoría de los países latinoamericanos y esto implica que se deban acudir a las normas contenidas en el Código Civil y de Comercio para resolver los conflictos que se presentan como resultado de estos contratos. Algunos autores señalan que países como México y Brasil cuentan con legislación específica para abordar el tema de la franquicia dado el desarrollo que ha alcanzado este sistema en esos países.

Señalan varios autores que no se debe caer en el error de considerar a la franquicia como un simple sistema de distribución porque el modelo de franquicia involucra no solo la concesión de productos, sino también de un esquema o un formato de negocios, esto es, propiedad intelectual.

También se debe tener cuidado de no caer en la confusión de creer que la franquicia involucra un contrato de mandato, agencia o representación o que pero aún, implica una relación laboral entre las partes. Esto por cuanto tanto el concedente (franquiciador) como el concesionario (franquiciado) son personas distintas que no se representan entre sí.

Al respecto nuestra Sala de Casación ha resuelto en casos de rompimiento o terminación contractual que la liquidación de empleados es un rubro que no puede ser concedido pues representa un rubro en los que la empresa de todas formas debe incurrir y que se derivan de la hacienda con que la empresa debe contar para cumplir con sus obligaciones contractuales recibiendo en contrapartida, una remuneración según se haya pactado.

El fundamento legal de lo anterior es atendible en virtud del 704 del Código Civil el cual establece que “En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse.”<sup>13</sup>

De hecho, como se indicó líneas atrás, el franquiciador y franquiciado son considerados entidades jurídica y financieramente independientes y autónomas. Por lo anterior, no existe relación societaria alguna entre el Franquiciante y Franquiciado.

No obstante lo anterior, si es importante señalar que de la relación franquiciante-franquiciador existe una posible responsabilidad frente al consumidor del primero por los hechos del franquiciado. Sostiene Farina “(...) frente a terceros, cobra especial relevancia la consideración de la responsabilidad que pueda asumir el franquiciante, en los supuestos en que media la provisión de un producto que no sea ajuste a las condiciones de calidad y cantidad establecidas, o de un servicio que no cumple adecuadamente su finalidad. A lo que corresponde agregar todo otro supuesto,

pues el público acude confiado por el prestigio de la marca y del nombre comercial, sin preocuparse en saber si el franquiciado es un empresario autónomo o no. Por ello, existe una corriente doctrinal y legislativa cada vez más importante que considera viable la extensión de la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, en razón de que aquél desenvuelve su actividad bajo marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste.”<sup>14</sup>

El respecto cabe señalar que la Ley de Protección de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establecen en su artículo 35 un régimen de responsabilidad objetivo cuando regula que “el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.”<sup>15</sup>

Este tipo de normativa manifiesta la tutela de los derechos del consumidor extendiendo la responsabilidad al franquiciante en razón de los productos y servicios que se venden o prestan bajo la percepción y confianza creada en el público sobre una marca que distingue el servicio o el producto. Lo anterior por cuanto se debe entender que al público le es irrelevante- y en todo caso no tiene porque- hacer consideraciones en torno a los sujetos que intervienen en la relación de franquicia. Para el consumidor lo que interesa es que su decisión de adquirir un producto o servicio se identifica con la marca que lo distingue de

<sup>13</sup> Código Civil.

<sup>14</sup> FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. ASTREA. Buenos Aires, Argentina, 2005.

<sup>15</sup> Ley De Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del consumidor.

otros y ese solo hecho crea un régimen de responsabilidad solidaria.

### **13- LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO**

En los contratos de franquicia es común que se pacten por un tiempo determinado con la posibilidad de renovación ya sea automática o por acuerdo de partes. No es inusual que la renovación del contrato este condicionada a una serie de requisitos de variada naturaleza, como lo puede ser un plan de reinversión en la imagen del establecimiento, publicidad, montos de ventas, entre otros. En algunos casos y bajo ciertas circunstancias, el incumplimiento de estos requisitos podría inclusive constituir causal suficiente para dar por concluida la relación entre el franquiciante y franquiciado.

En muchos otros casos puede ocurrir que por variadas razones se genere la ruptura del contrato de franquicia y consecuentemente, la posibilidad de perseguir el pago indemnizatorio. Una particularidad de los contratos de franquicia, es que la terminación de éste genera el derecho a favor del franquiciado de que el franquiciante adquiera el producto en inventario que no había sido vendido. En otros casos, no solamente tendrá el derecho a ser indemnizado por el inventario, sino también por los daños y perjuicios en ocasión de una terminación anticipada y contraria a lo acordado en el contrato de franquicia fundamento legal que se encuentra en el artículo 1023 del Código Civil el cual establece lo siguiente: “Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.”<sup>16</sup>

Para la terminación anticipada de los contratos de franquicia se debe establecer un plazo de “preaviso”. Esto significa que cuando así se pacte en el contrato, cualquiera de las partes podrá darlo por terminado dando aviso de su decisión a la otra con un determinado tiempo de anticipo. El plazo debe ser razonable, caso contrario, los jueces decidirán con base en los principios generales del derecho y principalmente de los relacionados con la materia contractual.

Sobre la fijación del plazo de preaviso, nuestra Sala Primera en un caso aunque no de contrato de franquicia, resolvió lo siguiente: “Le asiste razón al casacionista al argüir –en su tercer, cuarto y quinto motivo-, que el plazo de preaviso es desproporcionado y contraría la buena fe contractual. Ello se confirma al analizar detenidamente algunas características del contrato que vinculaba a los litigantes. De conformidad con el elenco de hechos probados, el señor Anderson Englehardt desarrolló personalmente desde –cuando menos- 1970 y hasta 1986, la distribución exclusiva de los productos Gallito (Hecho Probado a), labor que abarcaba los distritos 01 a 04 del cantón de Montes de Oca y 01 a 03 del cantón de Curridabat. Luego de 1986, la relación comercial continuó en forma idéntica a través de Distribuidora Anderson S.A., merced a la cesión de derechos realizada por el señor Anderson, a favor de la sociedad, situación conocida por Gallito. La relación comercial fue calificada como un contrato continuo, no escrito, de distribución exclusiva, sin sujeción a plazo determinado, según el cual, Gallito, en una zona geográfica determinada, sólo podía distribuir sus productos por medio de la Distribuidora y ésta no podía abarcar otras áreas distintas, ni estaba facultada a distribuir

16 Código Civil.

productos diferentes, similares o competitivos de terceras personas. Debía utilizar el material publicitario suministrado por Gallito, ocuparse de la manutención de exhibidores de productos, acatar disposiciones en cuanto a ventas, ajustarse a la lista de precios y tenía autorizado un porcentaje de descuento para el detallista. La Distribuidora gozaba de una línea de crédito, y descuentos de un 15% sobre los productos que compraba, siendo ese, justamente, su margen de ganancia. (Hechos b y c). No estaba facultada a ampliar su actividad distribuyendo productos diversos a los suministrados por Gallito S.A., ni podía ampliar su mercado fuera de los distritos asignados, por lo cual, su nicho de mercado era cautivo, estático y sin posibilidades de crecimiento. Amén de lo anterior, las relaciones entre los contratantes se caracterizaron por ser altamente satisfactorias y eficientes, con incrementos importantes en los porcentajes de ventas y no fue acreditada la menor insatisfacción de parte de Gallito durante la vigencia de la relación de distribución. Por el contrario, según consta en autos, las relaciones comerciales siempre se desarrollaron dentro de los mejores términos. Atendiendo a la longevidad de la relación contractual, la accionante contaba con toda una estructura organizacional destinada a atender a cabalidad cada una de sus obligaciones. Por consiguiente, no era anticipable la eventualidad de la finalización intempestiva de los vínculos negociales, menos aún, con los altos resultados de ventas obtenidos. Así las cosas, considerando las posibilidades reales de crecimiento del negocio, la exclusividad que debía seguir en cuanto al producto distribuido y la zona que podía abarcar –obligaciones negativas que le impedían diversificar la actividad o ampliar el mercado–, el plazo de aviso previo a la terminación unilateral de las

relaciones es arbitrario y desproporcionado, por lo cual, se cometió abuso de derecho y fue contrariada la buena fe contractual con el proceder de la demandada.<sup>17</sup>

El aspecto mas importante de tomar en consideración del caso anterior, es que el plazo de preaviso no puede resultar abusivo para ninguna de las partes. Según esta resolución, se deben utilizar criterios de razonabilidad especialmente cuando haya existido una relación contractual caracterizada por una duración muy prolongada (30 años) en donde en todo caso, con mayor razón se refuerzan los principios de la buena fe contractual. En este caso particular, a criterio de la Sala se resolvió que el plazo que debía mediar entre el aviso de terminación y la fecha efectiva de esta, correspondía a nueve (9) meses tomando en cuenta la duración de la relación que existió entre las partes. Al respecto la Sala dijo “Por concepto de perjuicios solicita se conceda la estimación de ventas que la empresa pudo haber obtenido entre 1996 y el 2000. Fijar un plazo de preaviso de cinco a ocho años, resultaría extraordinariamente lesivo para Gallito, y contrariaría lo dispuesto en el artículo 1023 párrafo primero del Código Civil. En criterio de esta Sala, el tiempo conveniente para dar por terminado en forma unilateral el contrato, sin generar daños a la contraparte, por las particularidades del negocio, debía ser de nueve meses, tiempo razonable de conformidad con las normas de la equidad, y la buena fe que deben inspirar los contratos. Es razonablemente presumible que dentro de ese plazo, la accionante podía reorganizar su actividad, buscar nuevos productos para distribuir, desarrollando nuevos mercados con un diferente negocio, luego de dedicarse por más de 30 años a la misma actividad.”

---

17 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 153-F-03 10:30 del 21 de marzo de 2003.

Como se puede apreciar del caso anterior, el contrato puede concluir aun y cuando no se haya pactado su plazo. Farina dice que no se debe confundir el vocablo “plazo incierto” como sinónimo de contrato de duración infinita porque los contratos como el de franquicia, no son considerados contratos de plazo infinito. Un plazo incierto es aquel en donde no se sabe con certeza el momento en que terminará, pero cuenta con hechos concretos como referencia para determinar el momento en que puede finalizar.

Al respecto sobre el tema, la misma resolución antes citada sostuvo lo siguiente: “Alega, en su tercer y quinto motivo, que el contrato de tiempo indefinido no podía terminarse en forma unilateral. No lleva razón el recurrente. Los convenios privados, celebrados al abrigo de los principios de autonomía de la voluntad y libertad de comercio derivados de los artículos 28 y 50 de la Constitución Política, no generan, en modo alguno, el constreñimiento de mantenerlos *ad perpetuam*, ante la ausencia de plazo de vigencia, aún cuando se eche de menos incumplimiento de alguna de las partes. Las relaciones comerciales deben desplegarse bajo la inspiración del principio de buena fe (artículo 22 del Código Civil), empero, nada obsta para que uno de los contratantes decida poner término al contrato de tiempo indeterminado, incluso ante la irreprochabilidad de la conducta negocial de la contraparte. Argumentar en sentido contrario, indudablemente entrañaría una grosera violación a las máximas relacionadas, y además significaría un insoportable corsé para la versatilidad y fluidez de las relaciones mercantiles. La ausencia de plazo de vencimiento del contrato hace suponer, que serán las vicisitudes de la negociación las que permitirán a ambas partes, o a alguna de ellas, decidir, en ejercicio de su libre arbitrio,

el momento en que desean poner término a ese vínculo obligacional. Sin embargo, debe advertirse, en modo alguno la facultad de dar por terminado un contrato, ha de ser ejercitada en forma abusiva, arbitraria, o intempestiva, pues justamente en virtud de la buena fe negocial mencionada, las relaciones jurídicas desarrolladas con carácter de permanencia y estabilidad, indudablemente podrían producir daños o lesiones en el patrimonio de la contraparte, quien al no poder anticipar debidamente la finalización del contrato, y las consecuencias derivadas de su fenecimiento, es notificada de manera abrupta sobre la finalización del negocio. Amén de lo anterior, tampoco se presenta violación del artículo 1151 del Código Civil, censurada en el cuarto y quinto motivo, porque la mención a esa fuente normativa, es realizada por el *Ad Quem* con una finalidad ejemplificativa, con el objeto de explicitar que los contratos sin plazo de término, no tienen vigencia perpetua y no con el propósito de aplicarla a la controversia.

## **REFLEXIONES FINALES**

Al concluir este trabajo, toma gran importancia tener un panorama claro que nos permita, entender claramente cuando estamos o no en presencia de un contrato de franquicia. Ya sea para poder defender los derechos de nuestro cliente y para poder desplegar una defensa con propiedad de conocimiento del tema.

Las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, a través del tiempo han permitido desarrollar esta figura, la cual ha tomado un auge importantísimo especialmente en los últimos años. De suerte que la limitación por tratarse de un contrato atípico no regulado en nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa han sido superados.

Desde la perspectiva de la contratación comercial, teniendo presente que en nuestro mundo actual el profesional en Derecho debe estar cada vez mas comprometido con el conocimiento para que su asesoría tenga un valor agregado, resulta indispensable tener presente el tratamiento tributario de la figura que a la fecha sigue vigente en nuestro medio.

El contrato de franquicia como se indicó, es un contrato atípico, es también oneroso y consensual, se le llama también un contrato moderno porque su evolución en América Latina es de relativa reciente data mayormente en relación con las cadenas de comida rápida, aunque en fechas recientes, se nota una tendencia a otro tipo de servicios como por ejemplo de tiendas de ropa.

Es también deducible que no obstante su escasa regulación en nuestro sistema que puede también crear algunas desventajas al presentarse la ruptura de la relación contractual, lo cierto es que este contrato ha resultado ser muy beneficioso económicamente para el crecimiento de los negocios ya que permite que el negocio se expanda y se realce el producto y a la vez brinda prestigio calidad y familiaridad con el producto o servicio. Como resultado de este trabajo, se logra concluir que este tipo de contrato de colaboración empresarial tiene beneficios a nivel de creación de fuentes de trabajo, crecimiento y expansión de negocios.

Cabe agregar que no obstante nuestro país no cuenta con un instrumento que regule este tipo

de contrato, lo cierto es que le son aplicables las normas del Código Civil y de Comercio relativas a los contratos y particularmente, resultan de mucha importancia, aquellos aspectos resueltos mediante la jurisprudencia como por ejemplo los que se han mencionado en conexión con la exclusividad y la terminación anticipada del contrato.

Es importante no dejar de mencionarlo no obstante el contrato de franquicia no está regulado expresamente en nuestro ordenamiento y se cuenta con muy escasa jurisprudencia sobre el tema en particular, si existe otros casos particularmente sobre contratos de distribución que pueden servir como punto de referencia para resolver algunos conflictos que se puedan presentar en relación con esta materia.

Es importante señalar que este tipo de contratos ya empieza a ser objeto de estudio mas amplio por nuestros juzgados. Así se puede extraer por ejemplo de la Sentencia número 0136-2008 emitida por el Juzgado Civil de Cartago de las dieciséis horas del 18 de julio del presente año que sirvió para formular un análisis comprensivo sobre uno de los aspectos esenciales del contrato de franquicia – el know how que como ya se indicó consiste en la transferencia de conocimiento que hace el franquiciante al franquiciado y que es lo que garantiza el éxito del negocio. En lo medular la resolución del Juzgado resolvió que “si no se trasmite el know how no hay franquicia.”

## BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA, PAUCAR (Jaime Alberto), Contratos Mercantiles, Tomo II. Contratos Atípicos, 4a Edición, 2002.

FARINA, (Juan M.). Contratos Comerciales Modernos, 3a Edición, 2005

FARINA, (Juan M.). Resolución del Contrato en los Sistemas de Distribución, 2004.

JIMENEZ, (Flabio) / FUENTES, (Bernal). El Contrato de Franchising. IJSA Investigaciones Jurídicas, S.A. San Jose, Costa Rica, 1995.

MARZORATI, (Osvaldo J.). Sistemas de Distribución Comercial. ASTREA. Buenos Aires, Argentina, 1990.

MOSSET, ITURRASPE (Jorge) Contratos, EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 1988.

PÉREZ, VARGAS (Víctor). Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras. Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 2005.

Código Civil

Código de Comercio

Ley Orgánica del Poder Judicial. Versión electrónica.

Ley De Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

RES: 73. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas cuarenta minutos del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y seis.

RES: 000825-F-2006. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de octubre del dos mil seis.

RES: 153-F-03. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José a las diez horas con treinta minutos del veinte uno de marzo de dos mil tres.

RES: 384-F-SI-2008. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José las 15 horas con cincuenta y cinco minutos del 6 de junio de 2008.

RES: 51-1992. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José de las diez horas del 3 de abril de 1992.

RES: 0136-2008 JUZGADO CIVIL DE CARTAGO. Cartago de las dieciséis horas del 18 de julio DE 2008.

Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional. UNIDROIT

Jurisprudencia- UNIDROIT