

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO
DE LICENCIATURA EN DERECHO

EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL
Y LA REVOCACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO
POR PARTE DEL FRANQUICIANTE O FRANQUICIADOR

NATALY ESPINOZA ALVARADO

CARNÉ A31841

MILENA VALVERDE MORA

CARNÉ A35419

2008

A Dios Todopoderoso
porque sin Él nada es posible.

A mis padres y familia
por el gran apoyo que han significado
a lo largo de mi formación académica.

Nataly Espinoza Alvarado

A mi Padre Celestial que me ha dado sabiduría e inteligencia
y todo lo que soy se lo debo a El.

A mi familia y amigos, que de manera incansable me
han apoyado para lograr mis metas.

Milena Valverde Mora

INDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	vi
INDICE GENERALES.....	viii
TABLA DE ABREVIATURAS.....	xiii
RESUMEN.....	xvi
INTRODUCCION.....	1
Título Primero	
El Contrato de Franquicia Comercial.....	5
Capítulo I	
Evolución del Contrato de Franquicia Comercial.....	5
Sección I	
Evolución Histórica.....	5
A) Origen Histórico de la figura contractual.....	5
B) Desarrollo Histórico de la figura contractual.....	11
Sección II	
Evolución de la Legislación Extranjera y Nacional.....	15
A) Estados Unidos.....	18
B) Canadá.....	24
C) Europa.....	26
D) Japón.....	44

E) América Latina.....	46
F) Costa Rica.....	51
G) Unificación de la Legislación sobre el Franchising.....	59
Capítulo II	
Concepto y Elementos del Contrato de Franquicia Comercial.....	60
Sección I	
Concepto del Contrato de Franquicia Comercial.....	60
A) Definición.....	60
B) Naturaleza Jurídica.....	69
C) Características.....	71
D) Diferencias con otras figuras contractuales.....	79
Sección II	
Elementos del Contrato de Franquicia Comercial.....	89
A) Elementos de la figura contractual.....	89
Capítulo III	
Clasificación del Contrato de Franquicia Comercial.....	105
Sección I	
Criterio de clasificación I: Objeto del Contrato de Franquicia Comercial.....	106
A) Franquicia de Distribución.....	106
B) Franquicia Industrial o de Producción.....	107
C) Franquicia comercial o de Servicio.....	108
Sección II	

Criterio clasificación II: Exclusividad del Contrato de Franquicia....109

- A) Franquicia de Aprovechamiento Exclusivo a favor del Franquiciante.....109
- B) Franquicia en Atención a la Exclusiva Territorial del Franquiciado.....110

Sección III

Criterio de clasificación III: Expansión y tamaño de la empresa franquiciada.....113

- A) Franquicia Individual.....113
- B) Franquicia Regional o Multifranquicia.....113
- C) Franquicia Maestra.....114
- D) Franquicia de Supervisión.....115

Sección IV

Otras Clasificaciones del Contrato de Franquicia.....116

- A) Según la participación de las partes.....116
- B) Según la Duración.....116
- C) Según involucre producto, servicios o autorización del nombre o marca.....117
- D) Según la dimensión de los negocios franquiciados.....120
- E) Según la Independencia Económica entre las Partes...121
- F) Según sea la relación entre el Franquiciado y el Franquiciante Directa o Indirecta.....122

Capítulo IV

Extinción del Contrato de Franquicia Comercial y los Efectos Jurídicos...130

Sección I

Formas Normales de Extinción del Contrato de Franchising.....	133
A) Cumplimiento del Plazo Contractual.....	133
Sección II	
Formas Anormales de Extinción del Contrato de Franchising.....	137
A) Rescisión Anticipada por Mutuo Acuerdo o Revocación.....	137
B) Resolución por Incumplimiento Contractual.....	139
C) Resolución por Causas Sobrevinientes.....	152
Sección III	
Causas Justas de Extinción y Efectos de la Extinción del Contrato de Franchising.....	161
A) Causas Justas Extinción del Contrato de Franchising según la Ley N°6209.....	161
B) Efectos de la Extinción del Contrato de Franchising.....	164
Título Segundo	
Revocación Unilateral del Contrato de Franquicia Comercial.....	168
Capítulo I	
Revocación de los Contratos.....	169
Sección I	
Concepto de la Revocación Contractual.....	169
A) Definición de la Revocación Contractual.....	169
B) Formas de Revocación Contractual.....	171
C) Efectos Jurídicos de la Revocación Contractual.....	173

Sección II	
Diferencia con otras formas de Ineficacia Contractual.....	174
A) Resolución.....	175
B) Rescisión.....	180
C) Invalidez.....	186
Capítulo II	
Revocación Unilateral de los Contratos.....	194
Sección I	
Concepto de Revocación Unilateral Contractual.....	196
A) Definición y Efectos.....	196
B) Contratos susceptibles de Revocación Unilateral.....	197
Sección II	
Revocación Unilateral en el Contrato de Franquicia Comercial.....	204
A) Casos de Revocación Unilateral en la figura contractual.....	204
B) Efectos Jurídicos de la Revocación Unilateral de la figura contractual.....	205
CONCLUSIONES.....	244
BIBLIOGRAFIA.....	251
ANEXOS.....	256

TABLA DE ABREVIATURAS

Instituto Internacional para Unificación de Derecho Privado.....	(UNIDROIT)
Asociación Internacional de Franquicias.....	(IFA)
Full Disclosure Rule.....	(FTC)
Asociación de Franquicias Canadienses.....	(AFC)
Comunidad Económica Europea.....	(CEE)
Federación Europea de Franquicias.....	(EFF)
Federación Francesa de Franquicias.....	(FFF)
Ley de Regulación de los Términos Generales.....	(AGBC)
Asociación Brasileña de Franchising.....	(ABF)
Tratado de Libre Comercio.....	(TLC)

RESUMEN

ESPINOZA ALVARADO (Nataly) y VALVERDE MORA (Milena). EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL Y LA REVOCACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR PARTE DEL FRANQUICIANTE O FRANQUICIADOR. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2008.

DIRECTOR: Dr. Víctor Pérez Vargas

El contrato de franquicia comercial a nivel de regulación legislativa es poco desarrollado tanto a nivel nacional como internacional. En algunos países europeos regulan el contrato de franquicia de manera específica. Dentro de la región latinoamericana existe escasa regulación específica a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos. Se da la aplicación analógica de regulación de contratos similares. Costa Rica no es excepción, se aplica a los contratos de franquicia comercial La de Protección de Representantes de Casas Extranjeras.

El contrato de franquicia comercial se conceptualiza por parte del doctor Víctor Pérez Vargas como un contrato atípico que no está regulado en nuestros ordenamientos, en el cual al franquiciado se le concede una licencia para el uso de una marca u otro símbolo comercial o el derecho de actuar en la oferta, venta o distribución de los productos o servicios conexos a la marca u otro símbolo comercial del franquiciador; este sistema opera con base en un plano o sistema de marketing establecido en parte por el franquiciador. Debe pagar, directamente o

indirectamente un derecho de entrada. Debe promover la venta (o los servicios) de los productos del franquiciador, a través de una unidad de imagen y permitir los controles del caso, todo dentro del plan de acción del concedente.

La estructura del contrato de franquicia comercial es muy compleja, la doctrina brinda diferentes criterios que permite clasificarla según su objeto, es decir, si es franquicia de distribución, de producción o industrial o la franquicia de servicios; dentro del segundo criterio está el de exclusividad del contrato de franquicia y finalmente como tercer criterio la expansión y el tamaño de la empresa franquiciada.

La duración del contrato de franquicia comercial, como todo contrato, depende las necesidades y circunstancia de cada negocio. La extinción se puede dar tanto de manera normal como anormal. Dentro de las formas anormales se encuentran: la rescisión anticipada por mutuo acuerdo o revocación, la resolución sobre incumplimiento contractual, resolución por causas sobrevinientes, es decir, son los hechos que se producen ajenos a la voluntad de las partes.

La revocación contractual se da cuando las partes voluntariamente deciden dejar sin efectos el contrato, para lo cual no necesita un pronunciamiento judicial. La revocación unilateral, consiste en la voluntad de uno de los sujetos contratantes de retrotraerse de su manifestación anterior y así dejar sin efectos el contrato. La revocación tiene efectos siempre a futuro ya que no es retroactiva.

La revocación unilateral del contrato de franquicia comercial se da, cuando una de las partes contratante elimina los efectos del mismo hacia el futuro,

comunicando el deseo de no continuar con el convenio con una antelación necesaria según lo pactado.

Dentro de los efectos que se producen con la revocación unilateral del contrato están: la responsabilidad civil, donde si se da un incumplimiento el franquiciado puede proceder al respectivo pago de daños y perjuicios. No existe resarcimiento de daños y perjuicios cuando se rescinde el contrato unilateralmente amparándose en una causa justa y dando el preaviso adecuado.

Otras responsabilidades que podemos encontrar es la responsabilidad ante la terminación del contrato de franquicia comercial están la penal, la tributaria, laboral y la responsabilidad internacional.

INTRODUCCION

El Derecho es una actividad realizada por el ser humano y es por ello que debe responder a los acontecimientos que rodean su convivencia; es un hecho que el Derecho no puede aislarse del mundo dinámico en el cual está inmerso. En respuesta al fenómeno de la globalización y las necesidades que conlleva en el mercado mundial se incrementan las relaciones comerciales internacionales, surgiendo nuevas formas de contratación más ágiles y seguras, por lo que las figuras contractuales tradicionales son insuficientes frente al desarrollo actual por el que atraviesan la industria y el comercio.

Dentro de las nuevas modalidades de contratación que aparecen producto de la praxis comercial en el mercado globalizado se encuentra el contrato de franquicia comercial o franchising, que es una figura contractual atípica que se ha utilizado con mucha frecuencia en los últimos tiempos, gracias a que juega un papel vital en la transferencia de tecnología y en el aumento de los niveles de inversión extranjera, los cuales son temas de suma importancia en el avance de las economías en vías de desarrollo, como la nuestra.

Al considerar el contrato de franquicia comercial como una figura de gran relevancia por lo dicho con anterioridad, se ha tomado la decisión de desarrollarlo como tema de investigación final de graduación.

El contrato de franquicia comercial es conceptualizado de una forma simple por la Cámara de Comercio Internacional como: “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 esa explotación.”

La revocación se deriva del principio de autonomía privada y es una de las formas atípicas de extinción de un contrato o acto jurídico, por medio del cual se retira la voluntad expresa del autor o de las partes, ya que es una forma típica de ineficacia sobreviniente, por lo que tiene efectos hacia futuro por no ser retroactiva. Según el profesor Víctor Pérez, catedrático de la Universidad de Costa Rica, se entiende como fundamento de la revocación el juicio de valor formulado por el mismo autor del acto revocado, con este juicio se demuestra que la programación negocial predispuesta no es conforme a sus intereses.

El tipo específico de revocación que es de interés en la investigación que se pretende realizar es la revocación unilateral, la cual es entendida como el acto unilateral de la voluntad de una de las partes contratante por medio de la cual se rompe con el vínculo contractual pactado con anterioridad; de este modo se analizarán los posibles tipos de responsabilidad e indemnizaciones que surjan producto de la dicha revocación.

El objetivo general de la presente investigación es el análisis del fenómeno de la Revocación Unilateral por parte del Franquiciante o Franquiciador en el Contrato de Franquicia Comercial, y sus alcances o repercusiones legales.

Los objetivos específicos son: realizar un estudio general del Contrato de Franquicia Comercial a nivel doctrinal, de aspectos como: su evolución histórica, concepto, características, elementos, clasificación, formas de extinción, entre otros; analizar el tratamiento que se le da al contrato de Franquicia Comercial a nivel mundial, mediante un estudio de distintos Ordenamientos Jurídicos Extranjeros y en el Nacional sobre la figura contractual mencionada; además se pretende diferenciar el contrato de

Franquicia Comercial de otros contratos mercantiles con los que comúnmente es confundida esta figura contractual en la práctica; puntualizar las diversas formas existentes de extinción, tanto normales como anormales, del contrato de Franquicia Comercial y los efectos legales de las mismas; y delimitar el concepto de Revocación Unilateral y diferenciarlo de las otras formas de extinción de los contratos con que suele ser confundida; para por último examinar a profundidad el fenómeno de la Revocación Unilateral en el contrato de Franquicia Comercial, específicamente el rompimiento unilateral del Franquiciador o Franquiciante y las posibles repercusiones que conlleve en materia de responsabilidad e indemnización.

La hipótesis que se pretende demostrar, por medio de la realización de la presente investigación, es que el ordenamiento jurídico sí prevé consecuencias económicas para una de las causas de extinción del contrato de franquicia comercial como lo es la revocación unilateral por parte del franquiciante; dichas consecuencias económicas equivalen a una indemnización por parte del franquiciante, sin importar que se haya dado un preaviso de dicha terminación unilateral.

El método hipotético deductivo será el utilizado en la presente investigación, ya que lo que se pretende es demostrar la validez de nuestra hipótesis. Se comprobará dicha validez mediante el análisis de la información de diversas fuentes como lo constituirán múltiples libros de texto de doctrina nacional como extranjera, revistas académicas y trabajos finales de graduación. Cabe recalcar, que se acude no solo a las fuentes escritas mencionadas, sino también a fuentes electrónicas donde se estudiarán diferentes informes sobre el tema dados por connotadas organizaciones de Derecho Internacional Privado; así mismo, se analizará la legislación nacional e internacional y la jurisprudencia que se ha recopilado al respecto, esta última fuente es de gran trascendencia para la trabajo final de graduación, debido a la poca regulación que se da en el tema de franquicias comerciales.

El trabajo final de graduación está estructurado en dos grandes títulos, el primero es relativo al Contrato de Franquicia Comercial como tal, con un capítulo de evolución de la figura, donde se analiza las distintas legislaciones ya mencionadas; otro capítulo sobre el concepto y los elementos de la Franquicia Comercial; un tercer capítulo sobre las diversas formas de clasificar la figura contractual; y un cuarto capítulo sobre las formas de extinción del Contrato de Franquicia Comercial y los efectos jurídicos. En el segundo título se trata la Revocación Unilateral del Contrato de Franquicia Comercial, el mismo se divide en dos capítulos, el primero trata la figura de la revocación y la distingue de otras formas de ineficacia; el segundo desarrolla la revocación unilateral como tal y luego en el Contrato de Franquicia cuando la realiza el Franquiciador o Franquiciado, especificando la responsabilidad que conlleva.

Tanto los títulos como los capítulos y sus respectivas secciones responden a los objetivos generales y específicos de la investigación realizada, que prueba la hipótesis mediante la metodología ya expresada con anterioridad.

Título Primero

El Contrato de Franquicia Comercial

Capítulo I

Evolución del Contrato de Franquicia Comercial

Sección I

Evolución Histórica

A) Origen Histórico de la figura contractual

El origen de las actuales figuras contractuales comerciales, como el contrato de franquicia comercial “debe buscarse juntamente con el nacimiento de las primeras actividades de comercio... como modo de adquisición de una ganancia pecuniaria por el intercambio de bienes... cuya expansión comenzó en Europa alrededor del siglo X de nuestra era... Esta extensión del intercambio trajo como consecuencia que los mercaderes no pudieran proseguir exitosamente sus actividades sin la ayuda de dependencia... Pero la inconfundible característica de la independencia está presente siempre ya que se trata de un verdadero empresario, titular de un fondo de comercio; de lo contrario el contrato se inserta dentro del marco laboral.”¹

El término de franquicia se remonta más allá de la Edad Media, producto de situaciones en que “...los soberanos necesitados de servicios y financiaciones

¹ MARIO DEVEALI citado por MARZORATI J. (Osvaldo). Sistema de Distribución Comercial. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990, p. 4 y 5.

recurrían a particulares los cuales tenían la obligación de entregar una parte de los importes obtenidos a sus soberanos...”² a cambio de otorgarles privilegios y autorizaciones con conexión a servicios militares, recaudación de impuestos y derechos territoriales. Además, “el soberano local concedía el derecho de realizar ferias o de casar en sus tierras”³; esto conllevó a que los monarcas concedieran franquicias para todo tipo de actividad comercial.

El vocablo franquicia proviene del francés antiguo “franc” que significaba “el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el soberano concedía a alguno o algunos de sus súbditos, referidos a derechos de mercado, pesca o forestales”⁴, la idea de autorización y privilegio persiste hasta la época moderna.

La palabra franquicia, es una traducción posible de la expresión “franchising” al español, según las Naciones Unidas; la misma se debe utilizar acompañada del adjetivo comercial⁵. Al no existir una traducción precisa de la palabra “franchising” al idioma español, se prefiere el uso del término anglosajón⁶.

La primera carta de franquicia de la cual se tiene evidencia, es un escrito que se conserva del Municipio de Chambery en Francia, fechada en marzo de 1232.

² BESCÓS TORRES citado por CHERVIN DE KATZ (Marta). ¿Qué es el Franchising? Editorial Albeledo-Perrot, S.A. Buenos Aires, 1995, p. 7

³ <http://www.webmaster@franchiselawteam.com> citada por FLORES BEDOYA (Carolina). Patología del Contrato de Franquicia Comercial. San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999, p. 15 y 16

⁴ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 7

⁵ SOLANO (Carol) y BARRANTES (Irene), El Contrato de Franquicia, Revista Estudiantil Hermenéutica, San José, N°8, setiembre de 1995, p. 27

⁶ KLEIDERMACHER (Jaime), Franchising: Aspectos económicos y jurídicos, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992, p. 150.

Existe un antecedente en la Edad Media de la figura contractual en cuestión, en forma “de concesión dada por la Iglesia Católica a ciertos señores feudales para que éstos, actuando en nombre de ella, recolectaran los impuestos debidos al clero, y una vez cobrados estos impuestos el señor feudal recibía un porcentaje, “comisión” de lo recaudado, y las sumas restantes eran entregadas a la Iglesia”⁷

A inicios de la Edad Moderna el contrato de franquicia se comienza a ver como un contrato de naturaleza mercantil.

Durante el siglo XVIII, los nobles ingleses otorgaban franquicias a cambio de pagos o responsabilidades específicas; las cuales se usaban como concesiones para la prestación de servicios públicos, a favor de los particulares o empresas de economía mixta para su explotación.⁸

A mediados del siglo XIX se empiezan a gestar los primeros casos de franquicia tal y como la conocemos actualmente. En Alemania, en el año de 1840 los productores de cerveza decidieron otorgar franquicias a tabernas, dándoles el derecho exclusivo de venta de sus productos.

El método de franquicia tiene su antecedente inmediato en los Estados Unidos de Norteamérica, en la década de 1850 debido a la crisis económica que se produjo a raíz de la Guerra de Secesión. “En el marco del periodo de reconstrucción... cuando los industriales norteamericanos imposibilitados para extender su actividad hacia el oeste y al sur de país mediante una actuación directa y capital propio, recurren a la colaboración de viajantes y comerciantes locales dispuestos a

⁷ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz). El Contrato de Franquicia. Vacío legal en la Legislación Costarricense. San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho 2002, p. 2

⁸ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 2

arriesgar sus modestos capitales en la venta de algunos productos amparados con nombres y marcas de prestigio ya reconocido...”⁹

Un caso específico fue el de la compañía Singer Sewing Machine Company en Stanfort, Connecticut, la cual crea una exitosa forma de distribución y venta consistente en que el fabricante de dichas máquinas contrataba a un grupo de personas denominadas vendedores o concesionarios, que se encargaban de distribuir las máquinas de coser Singer en diferentes regiones y Estados de la Unión Americana.¹⁰ Esta compañía fue la primera en emplear la franquicia como un sistema de comercialización, primeramente como un contrato de distribución que llegó a evolucionar en el contrato de franquicia; esta es la razón por la cual se colocan los orígenes inmediatos en los Estados Unidos.

En 1898, la compañía General Motors también adoptó el franchising como estrategia de distribución de los vehículos que fabricaba. Se consolidó como líder de la industria automotriz; por lo que fue la franquicia el medio más exitoso para la venta de sus productos, por tratarse de un método empleado por los fabricantes para asegurar su distribución.¹¹

Otra de las precursoras de la franquicia fue la Coca-Cola, en 1899, al otorgar franquicias para el embotellamiento de dicho producto; para 1919 ya existían 1000 embotelladoras que lograron el crecimiento de tal negocio, seguido por otras refresqueras tales como Pepsi- Cola y Dr. Pepper.¹²

⁹ MUSSET ITURRASPE citado por FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio). El contrato de Franchising. Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, San José, Costa Rica, 1995, p. 47

¹⁰ NACENTA citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 2 y 3

¹¹ JORDAN C citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 4

¹² RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 6

Desde finales del siglo XIX hasta el período de entre guerras mundiales tanto la industria automotriz, como la petrolera y las compañías de bebidas gaseosas adoptaron el sistema de franquicia debido a que carecían de vías de distribución; por lo que estas industrias alquilaban su marca desarrollando rápidamente cadenas de establecimientos con implantación en todos los Estados norteamericanos, por medio de un sistema primitivo de franquicias.

En la década de 1930 se desarrolla el franchising en los productos del petróleo, particularmente en lo que se refiere a gasolinera.¹³ Las mismas empresas también alquilan a terceras estaciones de servicios de estas compañías.¹⁴

A partir de los años 1950 y 1960 aparecieron más casos como: Holidays Inn, Sheraton, Burger King, Kentucky Fried Chicken, Dunkin' Donuts, Piggly Wiggly, Hertz Rent a Car. "En 1954 irrumpe Mc Donald's en el mercado"¹⁵

Inicialmente fue la franquicia de producto la que se desarrolló en los Estados Unidos donde el franquiciante le otorgaba al franquiciado el derecho de vender sus productos. Otro tipo de franquicia que se utilizó fue la de nombre y proceso que consistía en la utilización de un procedimiento especial o receta, así como el nombre del franquiciante.

La existencia de factores económicos, políticos, sociales, tecnológicos y legales¹⁶ surgidos después de la Segunda Guerra Mundial produjo que el contrato

¹³ GALLEGO SANCHEZ citado por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace). Derechos y Obligaciones de la Propiedad Intelectual en el Contrato de Franquicia. San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005, p. 2

¹⁴ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique). Contratos Económicos Modernos. Programa de Modernización de la Administración de Justicia. Editorial Editorama S.A., Primera Edición, San José 1999, p. 179

¹⁵ PEREZ VARGAS (Víctor). "El contrato de franquicia comercial (Franchising) La regulación de las Franquicias comerciales (Franchising) en Europa y su posible incidencia en América Latina". Revista Judicial. San José Costa Rica, número 56, año XV, diciembre 1990, p. 153

moderno denominado como Business format franchising, o franquicia de empresa, surgiera debido a la explosión demográfica que produjo una inmensa demanda de productos y servicios, por lo cual la franquicia era el modelo de negocios ideal para dar respuesta a dicho fenómeno. “La cual no solo le concede al franquiciado el derecho a usar su nombre y vender sus productos y servicios, sino que además incluye la transferencia de la forma total de hacer negocios que ha sido desarrollada por el franquiciante.”¹⁷

Es importante recalcar que el franchising o la franquicia comercial no es un fenómeno exclusivamente norteamericano, ya que como mencionamos anteriormente los orígenes más remotos se dan en Europa, aunque el origen inmediato se haya dado en Estados Unidos, siendo este un fenómeno que traspasa fronteras.

El auge y prosperidad de este sistema “resulta del vínculo ideal entre los grandes capitales y la pequeña y mediana empresa”¹⁸. Además del echo de “... no tener límites en cuanto a su objeto, ya que prácticamente cualquier producto o servicio puede ser “franquiciado...”¹⁹.

Actualmente el término franchising admite varios conceptos ya que consiste en una técnica de comercialización de bienes y servicios, que proporciona grandes posibilidades de crecimiento a nivel nacional y mundial, por lo cual existe una tendencia a la estandarización de la figura contractual.

¹⁶ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana). El Contrato de Franquicia y la Dependencia que crea en el Empresario Franquiciado, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998, p. 3

¹⁷ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 17, 18 y 19

¹⁸ FARINA (Juan M), Contratos comerciales modernos, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1997, p. 482.

¹⁹ PÉREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 15, p. 119

B) Desarrollo Histórico de la figura contractual

El desarrollo de la figura contractual en estudio llamada contrato de franquicia comercial o franchising ha sido creciente y expansionista, puede explicarse dentro de una estrategia para la conquista de nuevos mercados que traspasa las fronteras, el contexto en el cual se da el desenvolvimiento de la franquicia comercial, por lo tanto, es la globalización económica.²⁰

Las franquicias se han convertido en el modo dominante de proyecto emprendedor de comercio; crecen a un ritmo aproximado del 6% anual. En cada uno de los últimos años han surgido más de 200 nuevos sistemas de franquicias. Tanto las franquicias internacionales como el uso de agentes de franquicia están en alza, y se expanden en otros continentes.²¹

Algunos datos que demuestran la creciente utilización de la figura son los acontecimientos ocurridos en Estados Unidos entre la década de 1950 y 1970, ya que "... mientras en la década de los 50's había solo 100 franquiciadores y alrededor de 100000 franquiciados, a mediados de 1970 se estimaba que el número de aquellos ascendía a 1500 y el de estos a 500000, y en los establecimientos explotados en región de franquicia trabajaban cerca de 4 millones de personas..."²²

Pero este auge no sólo ocurrió en Estados Unidos, sino que la figura se desarrolla también en otros países, adaptándose necesariamente a las condiciones nacionales, sociales, culturales, políticas y jurídicas de cada país en

²⁰ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 50

²¹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 7

²² PEREZ VARGAS (Víctor) citado por FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 50

que se desarrolla este contrato. Con lo anterior se evidencia la adaptabilidad que tiene el “franchising-method”.

En Europa se instauró la figura de la franquicia comercial pero no como imitación del franchising norteamericano, sino que obedece por el contrario a la necesidad o intuición de los europeos, como consecuencia de la observación de los mercados de la Comunidad Europea.²³

Se observa la distinción entre una franquicia norteamericana y una europea, en puntos como los siguientes: “en Norteamérica constituye una alternativa y un método de defensa contra la gran distribución, en Europa las grandes cadenas de distribución se valen de la franquicia para su expansión y penetración en mercados en los cuales sería difícil o antieconómico entrar directamente...”²⁴; el franquiciado norteamericano busca la independencia y la constitución de su propia empresa; mientras que en Europa pretende la constitución del riesgo creado... no gusta de pagar un derecho de entrada alto... preferiría cancelar un “royalty” o canon elevado; siempre que esto le asegure que el franquiciador cooperará dando su oportuna asistencia durante la existencia del contrato²⁵

Se considera que el período de expansión internacional más rápido para los franquiciadores de estructura empresarial fue la década de los años ochenta, un dato que apoya esta afirmación es que durante esa época “más de 400 franquiciadores norteamericanos aumentaron el número de establecimientos en

²³ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 51 y 52

²⁴ FRIEDLANDER & GURNEY citado por FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 52 Y 53

²⁵ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 53 y 54

otros países, en más de un 70%, hasta alcanzar un total de casi 39.000.00 establecimientos²⁶.

Este moderno método de distribución ha alcanzado tal relevancia en el mundo económico que solamente en los Estados Unidos “se calcula que entre el 40% y 50% de todas las ventas minoristas...se efectuaron conforme al sistema de franchising²⁷, durante la década de 1980.

Producto del desarrollo ya explicado por el que ha pasado el franchising no sólo desde un punto de vista jurídico sino también económico, es posible afirmar que se trata de un contrato nuevo de comercialización de bienes y servicios²⁸. El cual surgió con motivo de la necesidad de los comerciantes de encontrar soluciones rápidas para mejorar sus inversiones en el mercado internacional.

El contrato de franquicia comercial forma parte del moderno derecho comercial, como una de las expresiones más actuales y eficaces en la distribución de bienes y servicios.

Se prevé que para el año 2010, las ventas norteamericanas de organizaciones franquiciadas sean del 50% de las ventas al por menor. Pero en el siglo XX se prevé que la expansión internacional de los franquiciadores no norteamericanos aumente a un ritmo más rápido²⁹.

²⁶ HOFFMAN (Richard) y PREBLE (John), citados por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 8

²⁷ MARZORATI citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 10

²⁸ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 1

²⁹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 8

El uso del contrato de franquicia ha tenido una notable expansión en las últimas décadas, consecuentemente se ha dado la creación de asociaciones de franchising en numerosos países de todo mundo, algunos de los países en los que existen asociaciones de este tipo son: Francia, Alemania, Inglaterra; pues el contrato de franquicia comercial no es sólo asunto que comprende intereses en la vida económica y social sino que ha llegado a exigir atención y análisis en el ámbito jurídico para lograr su interpretación y estudio.

Sección II

Evolución de la Legislación Extranjera y Nacional

La tendencia actual en cuanto a la regulación de la figura contractual llamada franchising o franquicia comercial, es la introducción dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados de una regulación específica para este tipo de contrato comercial, que no solamente contemple la franquicia comercial nacional sino también la internacional.

Evidencia de lo anterior es lo descubierto por la Instituto Internacional para Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT) luego de una investigación realizada en la materia durante los últimos años, donde indica que "... un número creciente de Estados están considerando la introducción de legislación específica para la franquicia, aún sólo muy pocos regulan la franquicia... donde existe la legislación adoptada se refiere a la simple franquicia nacional y no a la franquicia internacional..."³⁰

Es sumamente relevante que se llene el vacío legal existente en la actualidad en las legislaciones nacionales de cada Estado con respecto al contrato de franquicia comercial, ya que es una realidad la creciente aplicación del mismo en el mercado mundial, la cual debe estar reglada de forma específica. "...Su aplicabilidad a transacciones de franquicia internacional, a contratos de franquicia principal y otros acuerdos, necesita por tanto ser abordada..."³¹

Este vacío normativo existente hoy, puede explicarse a consecuencia de lo reciente de la figura contractual y a su composición poco simple, además a esto se

³⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT). Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional. Roma, Italia, 2005. p. 270

³¹ Ibidem supra nota 30

aúna que en esta relación contractual vengan a tocarse diversas ramas del Derecho. Entonces "...esta falta de legislación específica para la franquicia se debe a la complejidad de la relación y al gran número de áreas del Derecho implicadas en una relación de franquicia..."³²

Algunos de los casos de legislación existente sobre el contrato de franquicia internacional, no abarcan la relación contractual en sí, sino solamente temas como la revelación de información o la competencia.

En cuanto a la regulación sobre el tema de revelación de información, antes mencionado, lo que ocurre es que "...las leyes sobre revelación exigirán al franquiciador que proporcione al futuro franquiciado información sobre algunos puntos que permitirán al franquiciado tomar una decisión informada."³³

Algunos de los puntos sobre los que existe acuerdo en que el franquiciador debe brindar la información al posible franquiciado y facilitarle documentos son: "...el franquiciador y los directivos de la empresa; la historia de la empresa; la constitución legal de la empresa; la propiedad intelectual concernida; la situación financiera, con declaraciones financieras auditadas respecto a los dos o tres años precedentes; los otros franquiciados de la red; información sobre el contrato de franquicia... así como información sobre cualesquiera exclusividades."³⁴

Aunque no existe legislación sobre la información que el posible franquiciado debe suministrar al franquiciador, existe el deber amplio del futuro franquiciado de proporcionar información relevante al franquiciador para que éste

³² Ibidem supra nota 30

³³ Ibidem supra nota 30

³⁴ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 270 y 271

pueda analizar la situación y la conveniencia o no de otorgarle la franquicia, es decir, “que el franquiciador pueda evaluar si el posible... franquiciado cumple o no los requisitos para convertirse en miembro de la red...”³⁵

El intercambio de información que se realiza entre el franquiciador y futuro franquiciado es muy importante, “... es esencial para la construcción de una relación de confianza entre las partes, que es un requisito previo para el éxito de la empresa.”³⁶

Como se mencionó al inicio de esta sección sobre el contrato de franquicia comercial o franchising existe legislación específica en algunos Estados, a continuación se analiza la forma en que se trata la figura contractual en estudio en algunos países o regiones del mundo.

³⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 271

³⁶ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 271

A) Estados Unidos

Recordemos que históricamente la franquicia comercial tiene su origen inmediato en los Estados Unidos de América, en este país ahora la figura es aplicada exitosamente, “se dice que es el país que más exporta franquicias al mundo”.³⁷ Pero se debe recordar que el crecimiento ha sido gradual, para esta figura contractual que surgió en este país desde el siglo XIX, ya que “... desde 1960 hasta 1970 el número de unidades franquiciadas se incrementó en una tasa porcentual compuesta 8.8% anual y el número de franquiciantes lo hizo, aún más, rápidamente. Como un nuevo tipo de organización empresarial la franquicia en todas sus formas ha sido un éxito empresarial sin precedente”³⁸, aunque “... el gran auge de esta actividad, se da en los últimos 20 años a tal punto que en 1990, habían más de 3000 marcas que funcionaban en este país con más de 500 mil establecimientos franquiciados que brindaban trabajo a más de 7 millones de personas.”³⁹

Producto del moldeamiento de la figura contractual que se llevó a cabo en este país y de ese éxito que ha tenido en la economía estadounidense, nace la necesidad de dictar normas que la regulen.

El primer precedente de la regulación de la franquicia comercial en Estados Unidos se da en 1946 con la aprobación del Lanham Act, al “codificar el derecho

³⁷ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 113

³⁸ GONZALEZ (Adriana) y MOCADA (Indiana) citado por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 65

³⁹ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 65

del dueño de una marca para establecer y exigir estándares de calidad a su licenciarios”⁴⁰.

Como ya se indicó con anterioridad Estados Unidos ha tenido un crecimiento en cuanto a la cantidad de sus franquicias, se calcula que “son más de 500.000 los establecimientos que operan bajo el sistema de franquicias en este país, que abarcan más de 40 industrias distintas con una clara tendencia hacia el sector de servicios.”⁴¹

“El apoyo del gobierno de este país para que este sistema contractual se desarrolle ha sido relevante... El Departamento de Comercio publica encuestas, investigaciones anuales así como una completa guía de oportunidades, denominada Franchise Opportunities Handbook, siendo esta guía clave para la promoción de las franquicias como formato de negocios. Además, se provee asesoría, seminarios y apoyo financiero a los franquiciarios por medio de la Small Business Administration.”⁴² A parte del Departamento de Comercio, otra fuente de información y apoyo para el desarrollo de esta figura contractual en ese país es “la Asociación Internacional de Franquicias (IFA), fundada en 1960 por William Rosenberg, creador de Dunkin Donuts, ubicada en Washington D.C. Su principal objetivo ha sido representar los intereses de las compañías de franquicias ante el Congreso de Estados Unidos...”⁴³ es la más importante y con mayor cantidad de miembros.

⁴⁰ GONZÁLEZ Calvillo (Enrique) y GONZÁLEZ Calvillo (Rodrigo) citados por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 113

⁴¹ GONZÁLEZ Calvillo (Enrique) y GONZÁLEZ Calvillo (Rodrigo) citados por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz) (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 113

⁴² RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 114

⁴³ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 114

Gracias a las diversas asociaciones y organismos relacionados con el comercio y el contrato de franquicia comercial existentes en los Estados Unidos, se han elaborado códigos en la materia e instrumentos legislativos y administrativos para evitar abusos y velar por la defensa de los franquiciados, basándose en principios o usos de comercio.

En Estados Unidos la legislación específica sobre franchising se da a nivel federal y estatal. Es un hecho que la primera regulación sobre la materia se da en el año de 1970 en California con la denominada Franchise Investment Law, y a nivel federal con la Franchising and Bussines Opportunity Ventures Trade Regulation Rule, conocida como Full Disclosure Rule o FTC, vigente desde 1979.

En la legislación tanto federal como estatal se han dado múltiples definiciones de franchising, se expone a continuación el concepto adoptado por la legislatura de California: “ franquicia: significa un contrato o acuerdo expreso entre dos o más personas en virtud del cual una persona es autorizada o le es concedida: a) el derecho de vender o distribuir bienes o servicios bajo un plan de comercialización o sistema prescripto en lo sustancial por el otorgante; b) la operación del negocio del tomador está básicamente asociada con una marca de comercio o un nombre comercial o una marca de servicio, logotipo, publicidad u otro símbolo comercial, designando al otorgante a su afiliado y c) el tomador debe pagar un derecho e franquicia directa o indirectamente”⁴⁴

Es a partir de 1970 que los demás estados empezaron también a legislar la materia, dando relevancia al punto de la redacción del contrato de franquicia. Las razones por las cuales los estados han dictado sus propias leyes son “... la

⁴⁴ MARZORATI (Oswaldo), op. cit., p. 271

extensión geográfica, como por el acelerado desarrollo de las franquicias que han tenido en este país...⁴⁵, lo cual ha causado numerosos conflictos.

De vuelta al nivel federal existe además de la Full Disclosure Rule, otra ley llamada Petroleum Marketing Practices Act. “Las leyes citadas ponen énfasis en la existencia de la concesión de un privilegio al tomador así como en la atribución de un monopolio de reventa dentro de un sistema de integración vertical de empresas.”⁴⁶

La Full Disclosure Rule específicamente “se aplica en los cincuenta estados y se trata de que proporcione una protección mínima... exige a los franquiciadores que proporcionen a los posibles franquiciados un documento con información detallada respecto a: el franquiciador; los directores y agentes ejecutivos del franquiciador; los antecedentes de litigios y quiebras; la franquicia adquirida; los pagos iniciales y periódicos; las obligaciones de compra; la financiación; la participación personal requerida; las disposiciones sobre rescisión, cancelación y renovación; las estadísticas sobre el número de franquiciados; la formación; la elección de la sede; y a la información financiera, incluidas declaraciones financieras auditadas.”⁴⁷ Además existe la North American Securities Administrators Association que ha adoptado una Circular de Oferta de Franquicia Uniforme que señala la información que debería suministrarse a los potenciales franquiciados, la cual está conforme a las exigencias de la FTC. En 1990 la mencionada asociación adoptó una Ley Modelo de Inversión en Franquicia para ser ofrecida a estados y provincias para su promulgación.

⁴⁵ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 65

⁴⁶ MARZORATI (Osvaldo) citado por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 66

⁴⁷ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 271

El legislador estadounidense ha optado por adoptar leyes marco, ya que las leyes específicas que se han creado a través de los años no contemplan todas las posibles situaciones que implica la materia de franquicias; para estas leyes marco la directriz principal es el principio de buena fe en la celebración y ejecución de contratos; además dan la facultad a cada estado de complementar con leyes específicas, las más especiales y complejas situaciones que se presentan.⁴⁸

En este país, junto con una legislación muy completa sobre el tema, con un fuerte contenido regulatorio y restrictivo⁴⁹, se ha dado un desarrollo importante a nivel jurisprudencial, con fallos que analizan la validez o no de los acuerdos y si violan la legislación antitrust.⁵⁰

En los Estados Unidos el contrato de franquicia comercial desde su surgimiento se relaciona de forma muy cercana con el Derecho de competencia. La doctrina afirma que “el contrato de franquicia surge en el tráfico como un medio de eludir la prohibición antitrust norteamericana...en el lenguaje común en sinónimo de restricción de la competencia...sin embargo, si en un primer momento el contrato de franquicia aparece como una fórmula que permite ...escapar de las prohibiciones del antitrust...posteriormente la jurisprudencia norteamericana y las sucesivas normativas antitrust dejaron claramente sentada la potencialidad anticoncurrencial del mismo...los Tribunales norteamericanos han conocido, sobre todo a partir del llamado franchisee boom, de una infinidad de casos basados en la presunta ilegalidad desde el punto de vista Derecho de competencia de determinadas cláusulas habitualmente contenidas en los contratos de franquicia...han dado lugar a un cuerpo de doctrina jurisprudencial respecto a una serie de cláusulas relativas a la selección de los franquiciados, las restricciones

⁴⁸ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 66

⁴⁹ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 94

⁵⁰ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 97

territoriales y la clientela, las restricciones respecto a la conducta comercial del franquiciado, como en cuanto a los productos vendidos por éstos, la política de precios, las fuentes de aprovisionamiento, la fijación de precios de reventa o la discriminación de precios. ”⁵¹

⁵¹ RUIZ PERIS (Juan Ignacio). El Contrato de Franquicia y las Nuevas Formas de Defensa de Competencia. Editorial Civitas, Madrid, España, 1991, p. 27-32

B) Canadá

El franchising en este país ha tenido un desarrollo importante a nivel local. A la vez ha sido un mercado de suma relevancia para las franquicias estadounidenses, ya que es el país con mayor número de franquicias de tercera generación originales de Estados Unidos. Pero las franquicias locales y estadounidenses no son las únicas que han sido acogidas en el mercado canadiense, también existen franquicias europeas y japonesas en dicho mercado.

Existen datos que afirman que el crecimiento del franchising o franquicia comercial en Canadá, en cuanto al volumen de venta bajo esta operatoria fue, entre los años 1981 y 1984, del 15% anual.⁵²

Existe apoyo del gobierno canadiense hacia el sistema de franquicias con capacidad de expansión a otros mercados. El Ministerio de Industria y Comercio provee de paquetes informativos, seminarios y asesorías a ambas partes de la relación contractual. Y como en otros países se creó una asociación denominada Asociación de Franquicias Canadienses (AFC).⁵³

Únicamente la provincia de Alberta tiene legislación específica sobre la materia, se denomina el Franchises Act of Alberta que se encuentra en vigor desde 1972.⁵⁴ Esta legislación fue modificada recientemente en 1995, entrando en vigor una nueva ley sobre revelación de franquicia y sus reglamentos de ejecución, esta nueva Ley de Franquicias suprime la exigencia del registro,

⁵² CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 98

⁵³ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 132

⁵⁴ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 98

establece acciones civiles y promueve el autogobierno por la comunidad de franquicias.⁵⁵

Además con la adopción del Nuevo Código Civil de la provincia de Quebec, que contiene una amplia definición de los contratos de adhesión, se ve influenciado el contrato de franquicia.

Según la UNIDROIT existe la posibilidad de introducir legislación específica sobre la franquicia comercial en la provincia de Ontario, pero hasta ahora no se ha desarrollado ninguna regulación especial.

⁵⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 273

C) Europa

La doctrina europea se ha cuestionado los mismos problemas que la estadounidense en la materia, que se resumen en: la salvaguardia del orden económico, con las regulaciones llamadas antitrust; la tutela de los contratantes débiles; y la tutela de los ahorrantes. Mediante adecuadas normas relativas a la información y la publicidad.

En los últimos tiempos la franquicia comercial ha tomado mayor importancia en los países europeos debido a la necesidad de responder a las demandas y cambios del moderno tráfico mercantil y al auge de los contratos comerciales como la figura en estudio. El desarrollo de la franquicia en Europa se dio, notablemente, a partir de los años setenta.⁵⁶

El franchising es aceptado y es una práctica usada ampliamente en toda Europa occidental.

⁵⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op.cit., p. 117

1) Comunidad Europea

La comunidad europea ha legislado de forma amplia sobre el contrato de franquicia comercial, debido a que la figura ha ayudado en el proceso de unificación europea y además, es considerado como un efectivo medio de integración comercial.

Los países miembros de este grupo (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda del Norte, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia) han demostrado un crecimiento generalizado en la materia. A pesar de ello no hay unificación para crear información confiable y específica sobre el tema, tal y como lo informan las asociaciones y organizaciones de los países de la comunidad.⁵⁷

El principal problema es la falta de organización y legislación de estos países como grupo en materia de franquicias. En respuesta a la problemática ya explicada es que las autoridades de la Comunidad Económica Europea (CEE) se han dado la tarea de regular el franchising.

La integración de los países europeos al mercado común hace que estos se adhieran a la nueva realidad de la CEE en cuanto al tema de franchising, y a que tomen en cuenta lo normado en el Tratado de la CEE. Por lo tanto, los "países que integran la CEE se sujetan a las normas dictadas por esta organización, sin desmeritar lo dispuesto en sus legislaciones locales, aunque ningún país europeo ha creado una legislación específica aplicable exclusivamente a la franquicia

⁵⁷ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 124

comercial”⁵⁸, “salvo Francia y España, ha dictado una legislación específica que se aplique exclusivamente a la franquicia comercial...”⁵⁹

El Tratado de Roma es el que se aplica en los países europeos a falta de norma, y los objetivos básicos del Derecho Comunitario determinados por el mercado común son: favorecer la libre circulación y la libre competencia. La existencia en Derecho Comunitario de una normativa de defensa de la competencia, inspirada en la legislación antitrust norteamericana y el desarrollo de normativas nacionales del mismo tipo en los Estados miembros; se puede dividir el proceso de defensa de la competencia en tres etapas: la de toma de contacto, representada por la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas; la de estudio, representada por la adopción por parte de la Comisión de cinco decisiones individuales; y la de decisión, en la cual la Comisión dictó el Reglamento 4087/1988 relativo a la aplicación del tratado a categorías de acuerdos de franquicia.⁶⁰

La Comisión de la CEE ha regulado una normativa sobre el contrato de franquicia y ha creado un Código de Ética para Franquicia, algunos aspectos relevantes que regulan son: el contrato debe ser redactado en forma clara y en el idioma del franquiciado; además el contrato debe especificar condiciones de pago, la duración del contrato, derechos y obligaciones de los contratantes, derechos territoriales, entre otros.⁶¹

Hay a nivel de la CEE una Federación Europea de Franquicias (EFF) que agrupa a las asociaciones nacionales de diversos países; con la función de

⁵⁸ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 126

⁵⁹ MARZORATI (Osvaldo) citado por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 67

⁶⁰ RUIZ PERIS (Juan Ignacio), op. cit., p. 51 – 53

⁶¹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 126

proveer a las asociaciones locales de los países miembros, de un acceso colectivo y de mayor fuerza a la Comisión Europea.⁶² Pero a la vez cada una de las asociaciones nacionales tiene por objeto promover y desarrollar el contrato de franquicia en su ámbito⁶³

Existe jurisprudencia comunitaria en la materia desde 1986⁶⁴; tal es el ejemplo de la sentencia de Pronuptia. Es en ese año que “la Corte de Justicia Europea formalmente estableció por primera vez que los contratos de franquicia están sujetos a las reglas de la competencia de la Comunidad Económica Europea.”⁶⁵ Esto significa que la CEE “ha limitado hasta la fecha sus actividades en relación con la franquicia al campo del Derecho de la competencia. Siguiendo la decisión Pronuptia, la Comisión de las Comunidades Europeas ha emitido cinco decisiones sobre casos de franquicia y ha adoptado un Reglamento de exención global para la franquicia.”⁶⁶

Existieron serias dificultades legales hasta la sanción del Reglamento de la Comisión de la Comunidad Económica Europea.⁶⁷ Este reglamento entró en vigor el 1 de febrero de 1989, en el mismo se identifican diferentes categorías de acuerdos de franquicia (franquicias industriales, franquicias de distribución y franquicias de servicio), además se unifica el concepto de franquicia comercial como: “...un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías, basada en una estrecha y continua colaboración entre empresas

⁶² RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 127

⁶³ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 278

⁶⁴ PÉREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 15, p. 109.

⁶⁵ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 278 y 279

⁶⁶ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 278

⁶⁷ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 99

jurídicas y financieramente distintas e independientes, el Franquiciador y sus Franquiciadores, en el que el Franquiciador dispone el derecho e impone a sus Franquiciados la obligación de explotar una empresa de acuerdo con sus conceptos. El derecho así concedido autoriza y obliga al Franquiciado, a cambio de una aportación económica, directa o indirecta, a utilizar la marca de productos y/o servicios, el “know-how” (saber hacer) y otros derechos de propiedad intelectual, ayudado por la continua asistencia comercial y/o técnica, en le marco de un contrato de Franquicia escrito suscrito por las partes a este efecto”⁶⁸ Dicho reglamento enumera restricciones a la competencia que son admitidas y las que darían lugar a la nulidad del contrato, y otras que no estarían ni permitidas ni prohibidas.⁶⁹ El mismo estuvo vigente hasta 1999.

El Código Deontológico Europeo de la franquicia contiene: la definición de franquicia, caracteriza su objeto, formas de pago y derechos sobre la marca, las reglas que rigen la publicidad, reglas referentes al contrato, entre otros.

Además, hay doctrina europea que trata problemas como: la salvaguardia de orden económico por medio de las regulaciones antitrust; la tutela de los contratantes débiles; y por último la tutela de los ahorrantes, mediante normas relativas a la información, la comunicación, la publicidad.

El desarrollo que se ha comentado a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal de la figura contractual en la CEE, ha sido posible gracias a regulaciones como: el Reglamento N° 2349-84 de la Comisión del 24 de Julio de 1984 relativo a la aplicación de la apartado 3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de patentes; el Reglamento N° 4087-88 de la Comisión del 30 de Noviembre de

⁶⁸ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 280

⁶⁹ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 101

1988 relativo a la aplicación de la apartado 3 del Tratado a determinadas categorías de los acuerdos de franquicia; el Reglamento nº 556-89 de La Comisión de 30 de Noviembre de 1988 relativo a la aplicación de la apartado 3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de know how.

La Comisión está en el proceso de renovación de su política de competencia. En enero de 1997, publicó el Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria.

2) Francia

Este país es el más importante en Europa, en cuanto a franquicia comercial debido a que tiene el mayor número de marcas de franquicias y es el mayor exportador de ellas también.

Las franquicias francesas se iniciaron con productos más que con servicios, pero en los últimos años se ha incrementado todo tipo de franquicias.⁷⁰ El contrato de franquicia es en Francia una práctica de uso casi común; actualmente, supera el 8% de las ventas minoristas y alrededor de quinientas cadenas diferentes con veinte mil franquiciados⁷¹.

No existió en este país una legislación específica sobre el contrato de franquicia comercial hasta finales del siglo pasado, sin embargo sí se puede encontrar un gran desarrollo jurisprudencial sobre el tema en específico, “como la citada por Osvaldo Marzorati, de la Cámara de Apelaciones de París que en Abril de 1978, dio una definición del contrato de Franquicia...destaca dos factores muy importantes que deben contener estos contratos: el “know how” y la asistencia...”⁷²

Es por lo tanto, la jurisprudencia el medio por el cual se ha regulado esta figura contractual pues no existe legislación alguna hasta finales del siglo XX. Se puede fraccionar la historia de la figura en tres períodos, a saber: “de 1929 a 1970 como el período de los precursores, la década del setenta como el período de la

⁷⁰ MARZORATI (Osvaldo) citado por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 67

⁷¹ LANDERO (Ricardo) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 118

⁷² SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 67 y 68

afirmación y confirmación y, a partir de año ochenta la fase del éxito o el suceso.”⁷³

Francia no es la excepción en cuanto a la fundación de un organismo relativo al franchising, en 1970 se crea de la Federación Francesa de Franquicias (FFF), que agrupa a varios franquiciantes importantes; con la cual se da un gran auge de la figura contractual, esto se hace notorio en los años ochenta cuando el número de cadenas de franquicias empiezan a aumentar año tras año.

Esta federación posee un Código Deontológico que comprende en una definición y el ámbito de aplicación; acorde con el Código Deontológico Europeo.⁷⁴

A pesar de no haber tenido una legislación específica sobre la franquicia comercial durante un largo período, Francia es considerada uno de los países precursores del desarrollo del franchising, debido al desarrollo jurisprudencial y doctrinal en la materia.

Según la UNIDROIT, Francia es el primer país europeo que regula la materia, cuando el 31 de diciembre de 1989 se adoptó la Ley N° 89-1008, relativa al desarrollo de empresas comerciales y artesanales y a la mejora de su entorno económico, jurídico y social la cual es relevante para las franquicias. Es una ley sobre revelación, cuyos detalles fueron posteriormente establecidos en el Decreto del gobierno N° 91-337 de 4 de abril de 1991²³. La misma no es específica para la franquicia, pero sin embargo abarca a las franquicias.⁷⁵

⁷³ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 117

⁷⁴ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 103

⁷⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 273 y 274

3) Inglaterra

No existe regulación específica sobre el contrato de franquicia comercial en este país europeo, ni existe amplia jurisprudencia sobre el tema, solamente se conoce un fallo que “alude a la cláusula de no competencia con validez posterior a la terminación del contrato.”⁷⁶

Hay legislación sobre el tema de competencia que afecta a la figura contractual en estudio, como la Ley sobre la competencia desleal de 1980, la cual describe la práctica desleal así: “una persona incurre en una práctica desleal si, en el curso de un negocio, sigue un curso de conducta que, por sí mismo o juntamente con otros cursos de conducta seguidos por personas asociadas a esa persona, tiene o intenta tener, presumiblemente, el efecto de restringir, distorsionar o impedir la competencia en la producción, provisión o adquisición de bienes en el Reino Unido”.⁷⁷ Pero esta ley no ha tenido aplicaciones concretas con relación al contrato de franquicia comercial.

Como una práctica común de los países en materia de franchising, se ha creado también en Inglaterra una asociación llamada Asociación Británica de Franchising en el año de 1977 “promovida por varias empresas británicas e internacionales punteras y comprometidas en la distribución de bienes y servicios a través de diferentes distribuidores por medio de acuerdos o licencias de franquicias.”⁷⁸ La Asociación Británica de Franchising ha buscado conformar un grupo en el parlamento que de apoyo político a la figura contractual. “Dicha asociación ha intentado también establecer y mantener reglas de conductas para

⁷⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 123

⁷⁷ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 123

⁷⁸ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 110

franquiciantes y ha establecido un esquema arbitral a ser aplicado por el Instituto de Árbitros.⁷⁹

La asociación antes mencionada establece en su Código de Conducta que las prácticas publicitarias, elemento crucial en todo franchising, deben seguir los parámetros del Código de la Asociación de Estándares Publicitarios.⁸⁰

En Inglaterra, como sucede en Estados Unidos, existe legislación antitrust o de libre competencia, las leyes son denominadas Resale Practices Act y Resale Price Act, ambas vigentes desde 1976; la cual afecta a la figura en estudio como ya se ha mencionado.

⁷⁹ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 285

⁸⁰ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 110

4) Alemania

Alemania tiene un desarrollo notable en materia de franchising; es el tercer país en importancia en cuanto a la existencia de cadenas franquiciantes, de ahí la necesidad de una regulación específica para la figura.

Pero siguiendo la tendencia de los países europeos, Alemania carece de legislación específica sobre el contrato de franquicia comercial o franchising. En este país esta figura contractual “se considera... como una nueva forma de distribución”⁸¹, pero tampoco existe regulación para los distribuidores; por este vacío normativo es que los tribunales alemanes han aplicado por analogía y de forma excepcional lo reglamentado en el Código Comercial Alemán, concerniente a los agentes de comercio.⁸²

Al aplicarse la normativa relativa al agente de comercio en Alemania son requisitos indispensables para la constitución de un contrato de franquicia comercial los siguientes: el plazo de duración se presume de tres a cinco años; hay obligación de no competencia, esto significa la lealtad del franquiciado al sistema y a sus obligaciones, la misma se establece en una cláusula dentro del contrato, con un plazo mínimo de dos años y para un territorio determinado, existe la posibilidad de una cláusula penal con compensación; la terminación ordinario del contrato no requiere justa causa sólo aviso previo, pero a falta de dicho aviso “... para justificar la terminación ... debe haber independientemente de lo acordado y con respecto a las circunstancias especiales del caso y el intercambio de ambas partes - una falta a las obligaciones, de tal grado que ponga en

⁸¹ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 68

⁸² MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 280

desequilibrio los objetivos empresarios del sistema”⁸³ ; y por último el contrato debe ser acorde con la ley y el orden público, debe cumplir con el principio de buena fe, regulado en la “Ley de Regulación de los Términos Generales del Comercio (AGBC)” de 1977; el cual es aplicable a los contratos de franquicia, por ser contratos tipo, es decir son estandarizados y no son negociables por los franquiciados.⁸⁴

En Alemania existe la ley antitrust llamada Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, que prohíbe a las empresas la obstrucción desleal, directa o indirecta de otras compañías. En función de la existencia del Reglamento de la Comisión de Comunidad Económica Europea sobre franquicias, entendemos que éste tiene prioridad sobre cualquier ley de un Estado Miembro; de acuerdo con el mismo el franchising normalmente mejora la competencia.⁸⁵

⁸³ MARZORATI (Osvaldo) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 121

⁸⁴ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 108 y 109

⁸⁵ CHERVIN DE KATZ, op. cit., p. 109

5) Italia

En la década de 1970 Italia comienza la modernización incorporando técnicas nuevas de producción y distribución, para superar el retraso económico en el que se encontraba con respecto del resto de Europa. Una de esas nuevas técnicas es el contrato de franquicia comercial.

Debido a lo anterior es que el franchising ha crecido a una velocidad significativa, lo cual ha generado conflictos, y al no haber un marco legal sobre la materia de franquicia comercial en concreto en este país, se han tratado de resolver por medio de la jurisprudencia que persigue los principios de equidad y equilibrio entre las partes contratantes, además busca no desnaturalizar la figura contractual.⁸⁶

Se constituye una Asociación Italiana de Franchising en el año de 1978, con quince redes funcionando, para 1985 eran sesenta y dos las cadenas operando, para que en 1988 según tal Asociación existían doscientas treinta y cuatro empresas franquiciantes en actividad.⁸⁷ En Italia el contrato de franquicia no se encuentra tipificado en la clasificación de contratos que realiza el Código Civil, ni tampoco existen normas específicas que regulen la franquicia. Sin embargo, existe una serie de fallos jurisprudenciales que regulan... la protección de los signos distintivos, el plazo de finalización del contrato, la distinción entre franquicia y contrato de trabajo, uso del “know how”...⁸⁸

⁸⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 118

⁸⁷ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 119

⁸⁸ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 69 y 70

Además de la falta de legislación específica sobre la materia, carece de leyes: antitrust, sobre condiciones generales en los contratos, sobre contratos de concesión, transferencia de tecnología o sobre inversiones extranjeras; de ahí la necesidad de referirse a ciertas cuestiones por medios jurisprudenciales. Por otro lado, en Italia no se cuenta con una ley nacional de competencia desleal. El impacto de ciertas cláusulas incluidas en contratos de franquicia sobre la competencia debe ser considerado en cuanto a lo normatizado en el Tratado de la CEE (Comunidad Económica Europea).

6) España

España es el cuarto país europeo con mayor número de contratos de franquicia celebrados. Sin embargo, no existió regulación específica sobre la franquicia comercial por mucho tiempo, como tampoco dictamen de los tribunales al respecto; pero sí es un contrato válido de concertar en España, debido a que las partes son libres de pactar las estipulaciones que deseen, de conforme al artículo 1255 del Código Civil español. Además se aplica análogamente la legislación general sobre contratos mercantiles así como su jurisprudencia, en especial la referida a distribución y la licencia, debido a su semejanza con la franquicia.⁸⁹ Domina el principio de buena fe en cuanto a la ejecución y cumplimiento de los contratos...Rige el favor deudoris en el sentido de que en caso de dudas se resuelve a favor del deudor.⁹⁰

Y también por un largo período en este país la evolución de las franquicias fue lenta, debido a las dificultades legales que involucraba la transferencia de tecnología autorizaciones para ejercer el comercio y un control de tipo proteccionista por parte de la legislación española. Todavía en 1992 se aplicaba por analogía la legislación general para los contratos mercantiles...⁹¹

En 1998 entra en vigencia el reglamento denominado RD 2485/1998, por el cual se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, con relación al régimen de franquicia. Se crea así el Registro de Franquiciadores debido a la “conveniencia de disponer de un censo actualizado de

⁸⁹ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 286

⁹⁰ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 117 y 118

⁹¹ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 116 y 117

las empresas de franquicia”⁹², y establece la información que los franquiciadores deben de proveer a los potenciales franquiciados en forma escrita, con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato o precontrato. En síntesis esta disposición se refiere principalmente a la revelación, aunque contiene una exigencia de registro.⁹³

La realidad actual de España con respecto al franchising, es que existe legislación específica nacional al respecto, lo cual permite un mejor desarrollo de la figura que es una técnica de distribución que se usa cada vez más en los mercados.

⁹² VÉLEZ N (José L) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 122

⁹³ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 274

7) Bélgica

En este país sí existe legislación sobre la materia de la figura contractual que se estudia, en el Código de Conductas Leales o Código Belga, donde se expresa “que el franquiciado trabaja por cuenta propia en el marco de un contrato de franquicia libremente suscrito”, además indica los elementos que se deben encontrar en el contrato. El concepto de franquicia en Bélgica ha evolucionado más rápidamente que en otros países europeos gracias a la jurisprudencia en la cual como en otros países, también se destaca la defensa de la competencia.⁹⁴

Además es por vía jurisprudencial que se ha establecido que el juez tiene absoluta discrecionalidad al considerar que un contrato no es de franquicia comercial, aunque las contratantes lo hayan denominado así, y por ende, no tiene que ser tratado como tal.⁹⁵

En Bélgica existe legislación sobre la distribución exclusiva de ventas, cuyo propósito es proteger al distribuidor de la terminación del contrato. Parte de la doctrina ha cuestionado la aplicabilidad de esta ley al contrato de franquicia. Sin embargo, existe hasta el presente un caso jurisprudencial decisivo en la materia.⁹⁶

A pesar de existir la regulación que ya se indicó sobre la figura contractual, no se prevé en ella el ámbito material de aplicación, por lo que queda la duda sobre su capacidad vinculante.

⁹⁴ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 105-107

⁹⁵ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 289

⁹⁶ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 289 y 290

Existe una Asociado Belga de Franquicias, con un papel importante, ya que hay exigibilidad de aplicar la normativa existente en la materia si el contrato es enviado a dicha asociación por parte del franquiciante.

D) Japón

Japón no ha sido la excepción en cuanto a la expansión exitosa del contrato de franquicia comercial como un sistema nuevo de distribución comercial, a pesar de las diferencias culturales y de idioma, ya que hay factores relevantes a favor de este mercado japonés para el desarrollo del franchising como lo son: la densidad demográfica y el poder adquisitivo per cápita.

En el año de 1972 se encuentra en operación la Asociación Japonesa de Franquicias⁹⁷, la cual se encarga de centralizar la información referente a la industria, establece los estándares éticos y maneja la relación con el Ministerio de Comercio Internacional y con la administración de negocios pequeños y organismos del gobierno japonés que muestren un creciente interés en la industria.

Muestreos realizados en 1986 por la asociación en aras de su función de informar, dio como resultado del 50% de las ventas minoritarias de ese país se hacían bajo ese sistema.⁹⁸

Existe legislación sobre la materia específica, la cual se basa en gran parte en el sistema de los Estados Unidos, debido a la gran influencia de franquicias norteamericanas, sin embargo existen algunas franquicias europeas también. A pesar de la influencia norteamericana en este país, hay una legislación que data

⁹⁷ KLEIDERMACHER (Jaime) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 131

⁹⁸ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 98

de 1973, que es anterior a la federal norteamericana, que exige la inscripción de los contratos de franchising en un registro especial nacional.⁹⁹

“Un deber general de revelación está previsto en la Ley de Promoción de la Pequeña y Mediana Empresa Minorista de 1973... la Ley no es específica para la franquicia, de hecho, sólo los artículos 11 y 12 son de relevancia para las franquicias... es de relevancia sólo para la franquicia minorista. Otros tipos de franquicias se encuentran por consiguiente excluidos de su esfera de aplicación.”¹⁰⁰

⁹⁹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 131

¹⁰⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 275

E) América Latina

En esta región durante mucho tiempo no existió una expansión importante del contrato de franquicia comercial debido entre otras razones a la falta de una legislación específica. Se debe esta escasa difusión de la figura contractual también a que las circunstancias políticas y socioeconómicas no ofrecían mayores atractivos al franquiciante internacional. Junto con lo anterior el subdesarrollo de la mayoría de los países latinoamericanos tiene como consecuencia el desconocimiento y la desconfianza en cuanto a los contratos atípicos nunca desarrollados anteriormente.

Hubo limitantes para el desarrollo de la figura contractual en los países latinoamericanos debido a leyes sobre movimientos de divisas al exterior y políticas de restricción.¹⁰¹ A partir de las políticas de apertura comercial y tratados de Libre comercio entre estos países de los últimos años es que se ha producido un cambio de mentalidad que ha conllevado al desarrollo acelerado de franquicias.¹⁰²

Aunque en la mayoría de estos países hay un vacío normativo en cuanto al contrato de franquicia comercial, sí existe regulación para contratos similares como: de agencia, distribución, y representación; y es particular para cada país. En el caso de Centroamérica se aplica analógicamente la regulación existente en cada país sobre los contratos similares ya mencionados al contrato de franquicia comercial, hasta que se legisle específicamente la materia.

¹⁰¹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 128

¹⁰² SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 71 y 72

“Las autoridades de los países latinoamericanos pueden ser extremadamente restrictivas en lo que hace a monto de regalías admitidas, períodos de pago, remesas de utilidad y otros aspectos significativos en las operaciones de franquicias.”¹⁰³ Estas restricciones se encuentran en la legislación sobre contratos similares existente ya citada, que tiende a ser de tipo proteccionista a nivel de Centroamérica y Panamá.

La razón de la legislación ha sido la defensa del distribuidor legal frente a su concedente extranjero y a la desigualdad económica de las partes, que se buscó contrarrestar con la creación de un organismo que contribuya a tutelar los derechos de la parte considerada más débil. Pensamos que esta legislación puede aplicarse por analogía a los contrato de franquicia, por contener estas cláusulas de exclusividad.¹⁰⁴

Se puede encontrar dos sistemas distintos operando en relación con el franchising, uno que reconoce la actividad como una franquicia comercial y otro que tiene una visión global del sistema donde se practica como alternativa de comercialización.¹⁰⁵

Hay actualmente una creciente aceptación de la franquicia comercial, lo cual es notorio con la creación de una serie de organismos asociativos de franquicia en muchos de los países latinoamericanos.

¹⁰³ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 291

¹⁰⁴ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 294

¹⁰⁵ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 129

1) Brasil

Es un país donde existen empresas que utilizan parcialmente el sistema de franquicia, adaptándola a las condiciones de mercado y las necesidades específicas de venta. Tal es el desarrollo de la figura que ya existen franquicias brasileñas fuera de su territorio; algunas en Estados Unidos, Portugal, Japón, Unión Soviética y hasta en México, la mayoría son de ramo alimentario.¹⁰⁶

Brasil es una excepción a nivel latinoamericano al tener legislación específica para el contrato de franquicia comercial. Esto a partir del 15 de diciembre de 1994 cuando se adoptó una ley relativa a los contratos de franquicia y otras medidas. Esta ley trata principalmente de la revelación pero contiene disposiciones también sobre otros aspectos de los contratos de franquicia, tales como las cuotas de franquicia y otras cuotas periódicas.¹⁰⁷

Existe una Asociación Brasileña de Franchising (ABF), la cual fue creada con la intención de apoyar la formación de nuevas empresas a través del sistema de franquicia comercial y también para proteger al franquiciado¹⁰⁸, es decir, su labor es la difusión del sistema; y una Fundación Latinoamericana de Franchising en Brasil con tarea docente, dicta cursos anuales.¹⁰⁹

Además, existen leyes conexas que regulan aspectos del contrato de franquicia comercial como cuestiones referentes a la responsabilidad, información,

¹⁰⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 130

¹⁰⁷ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 274

¹⁰⁸ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 294 y 295

¹⁰⁹ KLEIDERMACHER (Jaime) citado por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 72

inclusive, a la publicidad y prácticas abusivas...¹¹⁰ El mismo fenómeno ocurre en México.

¹¹⁰ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 73

2) México

Este país ha incorporado disposiciones que regulan la franquicia comercial en la Ley de Propiedad Industrial, como: una definición de franquicia y exigencias de revelación de información previa al contrato a los posibles franquiciados y el registro de transmisión de derechos de marca al franquiciado.¹¹¹

Se denomina a esta ley Loi Doubin, con la misma se propició un marco jurídico para su desarrollo, ayudado por la influencia de los tratados de libre comercio.¹¹²

Se logra también derogar la Ley de Transferencia y Tecnología, la cual hacía imposible la recepción de franquicias por parte de este país.

Los reglamentos de ejecución de las disposiciones de la ley y de especificación con más detalle de las exigencias exactas de la revelación fueron adoptados en noviembre de 1994.¹¹³

México no es la excepción en cuanto a la creación de una asociación de franchising, es este país existe una al igual que en Brasil. Otra característica que comparte con Brasil es que regula la figura por medio de leyes conexas.¹¹⁴

¹¹¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 275

¹¹² SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 73

¹¹³ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 275

¹¹⁴ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 130

F) Costa Rica

Siguiendo la tendencia mundial del desarrollo creciente del franchising, en Costa Rica se ha dado un considerable crecimiento de esta figura contractual mercantil. Este sistema de comercialización llega desde hace más de dos décadas al territorio nacional.

La primera cadena de franquicias en llegar al país fue Mc Donald's en el mercado de las comidas rápidas. Al principio se estableció en la Sabana, abriendo posteriormente restaurantes en el centro de San José y en otros lugares de la capital. Simultáneamente se introducen otras franquicias internacionales en el mercado nacional, tales como: Pizza Hut, Kentucky Fried Chicken y Burger King.¹¹⁵

Además, de las cadenas de franquicias de alimentos que crecieron rápidamente, se instalan franquicias de servicios como las consultorías y auditorías entre ellas: Price Waterhouse, Peat Marwick y Delouitte & Touche, quienes han establecido franquicias con despachos debidamente instaladas y les facilita el nombre comercial y el soporte técnico, dándole una ventaja competitiva con relación a otras empresas nacionales que no tienen los entronques y conexiones internacionales.¹¹⁶

A pesar de la difusión que ha tenido el sistema en el país no existe legislación nacional específica sobre el tema; es un contrato atípico al cual se ha aplicado cierta normativa y se ha dictado jurisprudencia al respecto que se analiza a continuación.

¹¹⁵ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 132

¹¹⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 132 y 133

1) Legislación

El contrato de franquicia comercial es un contrato atípico en Costa Rica en razón de la falta de regulación específica para la materia, este vacío legislativo es una constante en el resto de los países.

En caso de conflictos en la ejecución de contratos mercantiles de este tipo, se aplica la normativa de la Teoría General de los Contratos contenida en el Código Civil, es decir, los principios generales de los contratos y las causales de nulidad o anulabilidad; y algunas disposiciones del Código de Comercio referidas a contratos semejantes como lo son: el contrato de agencia y representante de casas extranjeras.

El Código Civil en su artículo 1045 y la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor dan protección: al consumidor al sufrir un daño a causa del producto; y al franquiciado o candidato a franquiciado, en caso de engaños por parte del franquiciante sobre las características del negocio o de su propia empresa; además se obliga a la parte que incumpla el contrato el pago de daños y perjuicios.¹¹⁷

Las cláusulas abusivas definidas como aquellas en las que una de las partes aprovecha la situación de inferioridad económica de la contraparte y le impone condiciones que quiebren el equilibrio contractual y los principios de equidad en la contratación; son nulas conforme al artículo 1023 del Código Civil. Además, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de 1994, en su artículo 39, hace un listado de cláusulas abusivas y

¹¹⁷ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 74 Y 75

absolutamente nulas, las que se podrían aplicar al contrato de franquicia, por implicar éste la venta de bienes y servicios y la participación de consumidores.

El legislador procura mediante normas evitar el abuso de una de las partes sobre la otra, creando un desequilibrio en la relación contractual; con estas regulaciones la parte interesada puede alegar una nulidad.

Al ser el contrato de franquicia de adhesión se usa un contrato tipo que contiene cláusulas predispuestas, en las que el franquiciado no puede negociar (se acepta o rechaza el contrato) pero pueden ser declaradas nulas.

Se sancionan las prácticas monopolísticas relativas que consisten en actos, contratos y convenios cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas a favor de una o de varias personas; por medio de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Se prohíben así los contratos de franquicia comercial que encubran prácticas monopolísticas relativas, sin embargo, en la práctica se observa que tales situaciones sí se dan, tal es el caso de las cláusulas de exclusividad territoriales, de distribución o de aprovisionamiento, que se establecen en la mayoría de estos tipos de contratos.¹¹⁸

Existen además, la Ley de Representantes de Casas Extranjeras o Ley No. 6209, disposiciones que podrían ser de aplicación analógica al contrato de franquicia¹¹⁹, en lo relativo a las consecuencias de la terminación del contrato en relación con los excedentes del inventario sobrante y con respecto a la

¹¹⁸ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 75 y 76

¹¹⁹ PEREZ VARGAS (Víctor). Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, Primera Edición, Litografía e Imprenta LIL, S.A San José, Costa Rica, 2005, p. 24 y 25

indemnización resultante de la clientela desarrollada por el franquiciado, en los siguientes artículos:

"Artículo 2: Si el contrato de representación, de distribución o de fabricación, es rescindido por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos, la casa extranjera deberá indemnizarlos, con la suma que se calculará sobre la base del equivalente de cuatro meses de utilidad bruta, por cada año o fracción de tiempo servido. El valor de la indemnización en ningún caso se calculará en un plazo superior a los nueve años de servicio.

Para establecer la utilidad bruta de cada mes, se tomará el promedio mensual devengado, durante los cuatro últimos años o fracción de vigencia del contrato, en el caso de los representantes y fabricantes y el promedio de los últimos dos años o fracción, en el caso de los distribuidores".¹²⁰

"Artículo 3: Cuando se produzca la cancelación de una representación, distribución o fabricante, la casa extranjera representada deberá comprar la existencia de sus productos a su representante, distribuidor o fabricante, a un precio que incluya los costos de esos productos más el porcentaje razonable de la inversión que éste haya hecho. Este porcentaje que será determinado por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio".¹²¹

La aplicación de la ley mencionada análogamente es posible cuando se trate de franquicias extranjeras en el país, por lo que queda una laguna legal en cuanto a la regulación de franquicias costarricenses. Aunado a ello el carácter proteccionista de la ley no es un incentivo para el franquiciante extranjero.

¹²⁰ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 119, p. 96 y 97

¹²¹ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 119, p. 145

Otro cuerpo normativo nacional que puede aplicarse a la figura contractual es el Código Penal ya que tipifica delitos en los que puede incurrir tanto el franquiciante como el franquiciado, cuando viola cláusulas específicas o deberes generales del contrato, entre ellos podemos mencionar el delito de propalación, divulgación de secretos, apropiación y retención indebida, quiebra fraudulenta, propaganda desleal, entre otros.¹²²

Aunque como se evidenció anteriormente, existe normativa nacional aplicable al contrato en estudio, lo ideal sería legislar de forma específica sobre la materia.

2) Jurisprudencia

A pesar de la creciente difusión de las franquicias comerciales nacionales e internacionales en el país, no existe mucha jurisprudencia al respecto, son pocos los fallos dictados con relación a esta materia, pues no se han planteado serios problemas en la aplicación y ejecución de los contratos de franquicia.

Se dan circunstancias debido a las cuales no es común que se acuda a los tribunales para resolver conflictos entre las partes en un contrato de franquicia comercial. Entre ellas está la estipulación en el contrato de la cláusula compromisoria o de arbitraje como solución alternativa en caso de conflicto y de no acudir a un tribunal; así como la confusión que se da a nivel judicial por parte de los abogados litigantes (al entablar demandas) como los funcionarios judiciales (al dictar los fallos), e inclusive los mismos empresarios confundan esta figura

¹²² Código Penal, N° 4573 de 08 de noviembre de 1971, arts. 202, 203, 223, 231 y 242.

contractual con otros contratos como el de distribución, el de agencia, el de representación, entre otros.¹²³

Los primeros fallos de la década de los años 90 confundían el franchising con otras figuras contractuales similares¹²⁴; ya que los tribunales buscaban la solución e interpretación en una forma comparativa y analógica; y no fue hasta la sentencia N° 73 de las 15 horas 40 minutos del 17 de julio de 1996 que la Sala Primera que se analizó y delimitó el concepto del contrato de franquicia comercial, así fue reconocido el carácter atípico de la figura jurisprudencialmente:

“El contrato de franquicia 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 o licencias o sus espacios físicos exclusivos. En contrapartida, se 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 benéficas sus rendimientos y su posición en el mercado (...) las partes fijan un plazo y a falta de este se entiende indefinido por principio general (...) quien incumple debe indemnizar...”¹²⁵

Otro elemento del contrato de franquicia comercial es el “know how” que según la jurisprudencia se caracteriza por tratarse de una fórmula secreta, ya sea

¹²³ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 77

¹²⁴ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 139

¹²⁵ **Sala Primera Civil**, N° 73 de las 15:40 H. 17 de julio de 1996, proceso ordinario de FEMAKA S.A. contra DEMASA

para la fabricación o comercialización de un producto o servicio, que es transmitida a los franquiciados a cambio de una contraprestación económica.¹²⁶

En las resoluciones posteriores sobre la materia se hacen consideraciones importantes como: la distinción entre el contrato de distribución y el contrato de franquicia, y la confusión que se hace entre éste y la concesión.

Los conflictos llevados a la vía judicial han sido sobre aspectos como: la violación a la cláusula de exclusividad territorial, la resolución por incumplimiento de cláusulas contractuales, la protección a la libre competencia y derecho del consumidor y el incumplimiento de las obligaciones de las partes o variación de las condiciones del contrato.¹²⁷

La sentencia N°294 de las 9 horas 10 minutos del 11 de diciembre de 1996 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, declara como contrato de franquicia comercial el contrato sostenido por Industrias Alimentos del Comal S.A. (actor) y DEMASA (demandado)¹²⁸, concretamente se alega el incumplimiento de la exclusividad territorial propia del contrato de franchising y la variación de las condiciones del contrato, incumpliendo de este modo parte de las obligaciones que había adquirido, contraviniendo lo preceptuado por el artículo 1023 del Código Civil.¹²⁹ Debiendo por lo tanto pagar la indemnización de daños y perjuicios.

Otra de las sentencias sobre la materia existente es la N°73 de 1996 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se resolvió una demanda establecida por Femaka S.A. contra DEMASA. Se alegaba que había

¹²⁶ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 80

¹²⁷ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 78

¹²⁸ **Tribunal Superior Segundo Civil Sección Primera**, N°294 de 9 H. 10 de 11 de diciembre de 1996.

¹²⁹ **Tribunal Superior Segundo Civil Sección Primera**, N°294 de 9 H. 10 de 11 de diciembre de 1996.

incumplimiento del contrato de franquicia al quitar la exclusividad de repartición de tortillas en una zona que habían determinado como exclusiva. La ley sanciona con el pago de los daños y perjuicios causados, además de resolver el contrato, el incumplimiento grave del contrato, incumplimiento que no puede ser justificado por tratarse de un caso fortuito, fuerza mayor o el hecho de un tercero.¹³⁰

En síntesis, hasta más de dos décadas después de que empezó a manifestarse el contrato de franquicia comercial en el territorio nacional, es que comienzan los tribunales a dictar fallos sobre la materia, específicamente en el año de 1995.

¹³⁰ Sala Primera Civil, N° 73 de las 15:40 H. 17 de julio de 1996, proceso ordinario de FEMAKA S.A. contra DEMASA

G) Unificación de la Legislación sobre el Franchising

En 1986 la Cámara de Diputados de la Nación, creó una Comisión especial de unificación legislativa civil y comercial con la finalidad de elaborar un proyecto de ley que unificara la legislación. La Comisión citada puso a consideración de la Cámara un proyecto que fue sancionado por dicha Cámara el 15 de Julio de 1987 el cual modificaba varios artículos que tienen incidencia sobre la regulación de la franquicia comercial, el mismo acogía la distinción de contratos típicos y atípicos, estipulaba que el contenido del contrato se integra con las normas imperativas, las normas supletorias y los usos y costumbres del lugar de celebración, se explicaba la doctrina llamada de adhesión y en cuanto a la redacción del contrato indicaba que debía ser en idioma nacional y ser completa, clara y fácilmente legible, incorporaba normas de protección a la parte que se considera más débil en la relación, el manual operativo regula la transmisión de la experiencia del franquiciante al franquiciado, además las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales, las cláusulas incorporadas prevalecen sobre las preexistentes, las ambiguas serán interpretadas contra el predisponente, se aplicaría la imputación objetiva de responsabilidad.¹³¹

Actualmente existen intentos de la UNIDROIT por lograr unificar la materia en estudio a nivel internacional, por medio de promulgación de cuerpos normativos como: Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 1994, Ley Modelo sobre la Divulgación de la Información en materia de Franquicia del 2002 y la Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional del 2005.

¹³¹ MARZORATI (Oswaldo), op. cit., p. 295-297

Capítulo II

Concepto y Elementos del Contrato de Franquicia Comercial

Sección I

Concepto del Contrato de Franquicia Comercial

A) Definición

El contrato de franquicia comercial es una de las nuevas figuras contractuales mercantiles que aún no ha sido regulada específicamente por la mayoría de los ordenamientos jurídicos existentes, constituyéndose en un contrato atípico, lo que puede dificultar la definición del mismo. A excepción de lo anterior, en Estados Unidos sí hay definiciones legales del contrato de franquicia comercial tanto a nivel federal como estatal.

Al contrato de franquicia comercial no se le ha podido dar una única definición que sea aceptada por la doctrina, es decir, que a nivel doctrinario no existe un consenso sobre el concepto; lo anterior en razón de sus muchas variantes a lo largo del tiempo, lo cual ha conllevado a la negativa de los tratadistas a dar una definición del "franchising".¹³²

No existe una única definición que sea aplicable a todas las situaciones que pueden ser consideradas "franquicia"¹³³, pero sí existen múltiples definiciones o

¹³² SOLANO (Carol), BARRANTES (Irene), op cit., p. 27

¹³³ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 1

caracterizaciones económicas que no son uniformes, de las cuales ninguna, ni la más comprensiva, podría ser utilizada en todos los casos.

Sin embargo, para efectos de la presente investigación es necesario delimitar el concepto de contrato de franquicia comercial o franchising, por lo que se adopta la definición siguiente: “Se trata de un contrato atípico: no regulado en nuestro ordenamiento, en el que al franquiciado (franchisee) se concede una licencia para el uso de una marca u otro símbolo comercial o el derecho de actuar en la oferta, venta o distribución de los productos o servicios conexos a la marca u otro símbolo comercial del franquiciador (franchisor); opera con base en un plano o sistema de marketing establecido en parte por el franchisor. Debe pagar, directa o indirectamente una franchise fee. Debe promover la venta (o los servicios) de los productos del franchisor, a través de una unidad de imagen y permitir los controles del caso, todo dentro del plan de acción del concedente.”¹³⁴

Explicado de otra forma es un contrato comercial moderno de colaboración empresarial, en el que participan el franquiciante o franquiciador y el franquiciado, el primero es quien a cambio de una prestación dineraria autoriza el uso de la marca y el “know-how” o saber-hacer, asistiendo y controlando al segundo quien se encarga de la producción o distribución de bienes y servicios. “Es un sistema de distribución utilizado por empresas legalmente independientes y con una organización vertical cooperativa, basada en una relación contractual permanente.”¹³⁵

Desde un punto de vista económico se entiende el franchising como un método o sistema de comercialización de productos y servicios; por medio del

¹³⁴ PEREZ VARGAS (Víctor). “Representantes de Casas Extranjeras, Contratos de Distribución y Responsabilidad”. Revista Judicial. San José Costa Rica, número 56, junio 1992, p. 154.

¹³⁵ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p.11

cual el franquiciante tiene un producto o un servicio que sabe que llena una necesidad del mercado consumidor, y su principal interés es distribuirlo de una forma más eficiente y efectiva, además de acceder rápidamente a nuevos territorios; fines para los cuales la franquicia comercial es ideal.

Como se estableció el franchising es una técnica mercantil, que a la vez “incide en múltiples disciplinas del derecho comercial, industrial, laboral, derecho de la competencia, en tanto por ellos se regulan los derechos y deberes de las partes”¹³⁶

El franchising puede ser un contrato de carácter internacional o nacional, que tiene que celebrarse por escrito y que debe expresar que el franquiciante (o concedente) transfiere una operación comercial al franquiciado (o concesionario), transmitiendo así al franquiciado determinados conocimientos técnicos o comerciales secretos, para que los aplique a su negocio, al igual debe usar el rótulo y otros signos distintivos (en particular, las marcas de los productos) en el ejercicio de su actividad la cual realiza bajo el control del franquiciador quien percibirá un canon que ha de pagar el franquiciado.¹³⁷

Hay una gran cantidad de autores que definen la figura en estudio bajo parámetros similares, se cita a continuación varios de ellos con el fin de brindar una gama de definiciones del contrato de franquicia comercial más amplia.

Jon Barrenechea quien define el franchising como: “...contrato en virtud del cual una parte, el franquiciador, cede a cambio de una contraprestación

¹³⁶ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 201.

¹³⁷ SÁNCHEZ CALERO (Fernando) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 13

económica a otra, el franquiciado, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados productos o servicios...”¹³⁸

Ernesto Eduardo Martorell autor que indica que “en un sentido genérico, se puede decir que franchising es una palabra de origen inglés que deriva de franchise (franquicia), y se utiliza para identificar a la modalidad contractual mediante la cual se instrumenta el montaje, puesta en marcha, servicio y atención de una cadena de locales iguales y pertenecientes a la misma marca, a cambio del pago de regalías y comprende todos los componentes del proceso de comercialización, planeamiento, promoción y mecanismos publicitarios, adquisición, producción, ventas y análisis permanente de la competencia”¹³⁹.

Otra posible delimitación de este contrato es la aportada por Juan Ignacio Ruiz que lo concibe como el medio para transmitir el uso de derechos sobre bienes inmateriales, la franquicia se visualiza “...como un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativo a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, know-how o patentes...”¹⁴⁰, es decir, como un contrato de licencia de derecho sobre bienes inmateriales.

Esta concepción del autor Juan Ignacio Ruiz es criticada ya que la simple autorización de uso de los derechos sobre bienes inmateriales no da lugar en todos los casos a la duplicación en la realidad de la empresa, propio del contrato de franquicia, que consiste en la aplicación del modelo de empresa por parte del franquiciado, mismo que ha sido transmitido por el franquiciador.

¹³⁸ BERRENECHEA, FERRER e IRIARTE citados por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 13

¹³⁹ MARTORELL (Ernesto Eduardo), Tratado de los contratos de empresa, Ediciones Despalma, Buenos Aires, 1997, p. 553.

¹⁴⁰ RUIZ PERIS (Juan Ignacio), op. cit., p. 104

Jaime L. Kleindermarcher lo define como: "... un contrato comercial, sujeto a un marco jurídico de dicho carácter donde el franquiciante y el franquiciado establecen mutuamente sus compromisos y responsabilidades recíprocas para dejar establecidos los límites del vínculo comercial y los distintos elementos que hacen el desarrollo de su relación de asociación."¹⁴¹

Es según Jorge Enrique Romero un "contrato por el cual se concede una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta... El franquiciador (franquiciante otorgante) da licencia a un comerciante (franchisee, franquiciado tomador) para que venda productos o servicios de su titularidad...a cambio de una contraprestación financiera, que comprende al menos: el uso de una denominación común y una prestación uniforme de los locales, los medios de transporte objeto del contrato, la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un know-how, la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato...El franchisee paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre las ventas... La franquicia es un sistema de colaboración contractual entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual el franquiciador cede al franquiciado el derecho de utilizar una marca a comercializar y/o prestar una serie de servicios objeto de la actividad del negocio y, en exclusiva para una zona, a cambio de una determinadas prestaciones económicas. Los acuerdos o contratos sobre franquicias son en el fondo, licencias de derechos de propiedad industrial o intelectual o relativa a marcas comerciales, signos distintivos, know-how que pueden combinarse con relaciones de suministro o compra de bienes. Por esta razón, también, se afirma que la franquicia es un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos

¹⁴¹ KLEINDERMARCHER (Jaime), op. cit., p. 75

de establecimientos, modelo de utilidad, diseños, derechos de autor, know-how o patentes que deberán explorarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios, consumidores, o clientes finales.”¹⁴²

Federico González indica que “...consistente en una forma de colaboración entre dos sujetos –franquiciante o franquiciador- quien concede el uso de un nombre o marca comercial a favor de un franquiciado para que lo use y explote, en nombre y por cuenta propia, durante un tiempo determinado, a cambio del pago de un precio.”¹⁴³ Además, explica que es un contrato de índole mercantil porque las partes realizan actos de comercio para conseguir su fin de lucro, y por lo tanto son comerciantes.

El autor Osvaldo Marzorati define el contrato de franquicia comercial como “... aquel celebrado por escrito en el cual el otorgante ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción, vender o distribuir bienes o prestar servicios en forma exclusiva creando una relación de asistencia del otorgante con carácter permanente, bajo el control de éste, el amparo de una marca, nombre comercial o plan preestablecido por éste contra el pago de una canon y otras prestaciones adicionales.”¹⁴⁴

Otros autores explican que es “... un convenio entre un productor (mayorista)- franquiciador- y un distribuidor – franquiciado-, en virtud del cual el primero trasmite a este último sus productos o servicios; así como un complejo relativo a bienes de propiedad industrial (licencia de patente, marcas y demás signos distintivos, “know-how”), asegurando la asistencia y la prestación de

¹⁴² ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 117 y 118

¹⁴³ GONZALEZ P (Federico). “Sobre Contrato de Franquicia Comercial”. Revista Ivstitia. San José, Costa Rica, número 104, Agosto 1995, p. 13 y 14

¹⁴⁴ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 194

servicios necesaria para llevar a cabo la explotación de su empresa. Como contraprestación, el franquiciado asume toda una serie de obligaciones correlativas, entre las que destaca el pago de una suma fija al inicio de contrato... o canon periódico sobre la cifra de negocios durante la vida del mismo.”¹⁴⁵

La Asociación Internacional de Franquicias (IFA) define la franquicia comercial como una relación contractual entre el franquiciador y el franquiciado, en la cual el primero se obliga a mantener un interés continuado en el negocio del segundo, en áreas tales como el know-how y formación personal; a cambio, el franquiciado va a operar bajo un nombre comercial y con un formato y un sistema operativo que pertenecen o son controlados por el franquiciador. El franquiciado llevará a cabo una inversión de capital propio y en su negocio.¹⁴⁶

La Cámara de Comercio Internacional también da un concepto de esta figura contractual, y la considera 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 emblema y asegurándole al mismo tiempo una ayuda y unos servicios regulares destinados a facilitar esa explotación.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia costarricense en la Resolución N° 73 del año de 1996 da la siguiente de finición de franchising: “Es un contrato de concesión mercantil en el que un empresario concedente, llamado franquiciante, se obliga a otorgar a un empresario concesionario, denominado también franquiciado, la distribución de sus productos o servicios, o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos exclusivos... en contrapartida

¹⁴⁵ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 54

¹⁴⁶ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 191

recibe un royalty ... esta puede consistir en un precio o porcentaje fijo o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado... el empresario concedente amplía sus negocios mediante empresas independientes...con esto evita costosas estructuras administrativas y elude responsabilidades de diversos orden... las partes fijan un plazo, y a falta de este se entiende indefinido. Por principio general, quien incumple debe indemnizar... el franquiciante da toda la asistencia necesario al franquiciado para la constitución de la empresa, entregando los manuales operativos y funcionamiento necesario.

En síntesis se puede definir la franquicia comercial o franchising como "...una figura contractual a través de la cual el franquiciante le ofrece al franquiciado la oportunidad de vender o distribuir bienes o servicios, en forma exclusiva, bajo el control del otorgante y al amparo de una marca o nombre comercial, todo bajo un sistema o método preestablecido por el franquiciante, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales."¹⁴⁷ Se puede concluir entonces que "... la franquicia es un convenio por medio del cual el empresario (franquiciante) cede a otro (franquiciado) el derecho de utilizar todos los elementos inmateriales de una empresa, que la han hecho exitosa, a cambio de una contraprestación que generalmente es un derecho de entrada y una regalía periódica"¹⁴⁸. Este contrato tiene que ser celebrado por escrito. "Este acuerdo de voluntades es una forma de colaboración continuada para la distribución de bienes y servicios del franquiciante a uno o a más franquiciados jurídica y económicamente independientes uno del otro por un período definido o indefinido en una área geográfica determinada"¹⁴⁹, es decir, "... en lugar de una subordinación existe una colaboración, que busca el beneficio mutuo para la conclusión de operaciones, los franquiciados son los dueños del negocio, toman

¹⁴⁷ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 14

¹⁴⁸ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 14

¹⁴⁹ SOLANO (Carol), BARRANTES (Irene), op cit., p. 27

decisiones, sufren pérdidas y reciben ganancias, o sea, aún cuando emplean el nombre comercial y la marca del franquiciante, actúan en nombre y por cuenta propia.”¹⁵⁰

¹⁵⁰ FLORES BEDOYA (Carolina), op cit., p. 8

B) Naturaleza Jurídica

Han existido varias teorías a nivel doctrinal que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato de franquicia comercial; las cuales básicamente han pretendido encuadrar este tipo de contrato en la figura de otro contrato conocido, como por ejemplo: el contrato de suministro en Italia, el contrato preliminar o normativo, el contrato de concesión comercial en Francia, el contrato de distribución, entre otros; pero el contrato de franquicia posee características propias que lo distinguen de las demás figuras contractuales.

Las características distintivas de la figura contractual de franquicia, que han sido reconocidas por la mayor parte de la doctrina, consisten en su bilateralidad, consensualidad, y no-formalidad¹⁵¹, además de ser un contrato oneroso, atípico, de empresa, sistemático y escrito y de tracto sucesivo; también es un contrato moderno que no encuentra regulación específica por lo que son las disposiciones contractuales, entre las partes, las que determinan los caracteres básicos de la naturaleza jurídica del contrato de franchising.

Otras de las notas propias de este tipo de contratos es que otorgan “cierta autorización de pertenencia a la cadena de franquicia, y que se trata de un contrato de cooperación”¹⁵²; el mismo “necesariamente involucra elementos de la propiedad industrial, puesto que contiene el otorgamiento de un know-how y una licencia de marca”¹⁵³

¹⁵¹ CANO RICO (José Ramón) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 15

¹⁵² KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 129

¹⁵³ HERMIDA (Jorge A) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 17

La naturaleza jurídica del contrato de franchising o franquicia comercial se ve determinada realmente por aspectos de finalidad, objeto o causa del contrato que le dan contenido al mismo. Sin embargo, es importante al momento de determinar la naturaleza jurídica y las características propias del franchising, la interpretación de la legislación de cada país en particular, ya que este tipo de contrato posee una base totalmente consuetudinaria, por lo cual no se puede generalizar.¹⁵⁴

Sintetizando lo anterior, se puede considerar al contrato de franquicia comercial como un acuerdo entre empresarios (consensual y mercantil) que supone obligaciones y derechos para los mismos; que su ejecución se realiza de forma continuada; atípico; y que tiene semejanzas con varios contratos de índole mercantil, pero con sus propias características y bajo principios de buena fe y mutua confianza para determinar el contenido del mismo.”¹⁵⁵

¹⁵⁴ CASA (Francisco) y CASABÓ (Manuel) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 16

¹⁵⁵ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 17

C) Características

Posterior al análisis tanto de la evolución como de la conceptualización del contrato de franquicia comercial, se procede a dar una lista y explicación de las características particulares de esta figura contractual en estudio, para lo cual se realiza una clasificación entre las mismas por razón de su carácter especial o general.

1) Características Generales

a) Consensual

Son consensuales “los contratos que se forman o concluyen por el acuerdo simplemente manifestado de las partes”¹⁵⁶, o lo que es lo mismo se perfeccionan con el mero consentimiento de los sujetos contratantes.¹⁵⁷ El consentimiento debe ser expresado en alguna de las formas a las que el derecho le otorga fuerza vinculante.¹⁵⁸

Ambas partes deben manifestar su consentimiento de formar parte del contrato de franquicia comercial de manera expresa, al ser una de las características de dicho contrato la consensualidad.¹⁵⁹

¹⁵⁶ BAUDRIT CARRILLO (Diego). Teoría General del Contrato. Editorial Juricentro, Segunda Edición, San José, Costa Rica, 1999, p. 36

¹⁵⁷ MOSSET ITURRASPE (Jorge). Contratos. Rabinzal- Culzoni Editores, Edición Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 65

¹⁵⁸ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 18

¹⁵⁹ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 32-34

b) Bilateral

Los contratos bilaterales son “aquellos contratos que al momento de su perfeccionamiento engendran obligaciones recíprocas, o sea para todas las partes intervinientes...”¹⁶⁰, o dicho de otra forma “en el contrato bilateral (que se llama también sinalagmático) todas las partes son a la vez acreedores y deudores. Cada uno de los contratantes tiene una prestación que cumplir al otro y cada parte tiene derecho a una prestación de la otra.”¹⁶¹ Son este tipo de contratos los que pueden ser objeto de resolución o de excepción del contrato no cumplido.

La franquicia comercial es bilateral porque las partes contraen obligaciones recíprocas, por lo cual tanto franquiciante como franquiciador tienen obligaciones y derechos.¹⁶²

c) Oneroso

Los contratos onerosos son en los que “... cada una de las partes contratantes recibe o va a recibir una ventaja patrimonial...”¹⁶³ entonces “La onerosidad está dada... por la contraprestación que sigue a la prestación, por la ventaja que deviene al sacrificio, sin que sea preciso una relación de equilibrio o equivalencia entre ambos extremos.”¹⁶⁴

¹⁶⁰ MOSSET ITURRASPE (Jorge), op. cit., p. 58

¹⁶¹ BAUDRIT CARRILLO (Diego), op. cit., p. 32

¹⁶² GONZALEZ P (Federico), op. cit., p. 14

¹⁶³ BAUDRIT CARRILLO (Diego), op. cit., p. 33

¹⁶⁴ MOSSET ITURRASPE (Jorge), op. cit., p. 63

En la franquicia comercial los sujetos de la relación buscan tener el mayor beneficio patrimonial. Es un contrato oneroso en razón de que las ventajas que procura a las partes no le son concedidas sino por una prestación que obliga hacerla a su contraparte.¹⁶⁵ Es decir, las contrapartes buscan obtener un rédito económico, lucrando con las contraprestaciones mutuamente adeudadas.¹⁶⁶

d) Conmutativo

Contratos conmutativos son en los cuales “las partes pueden conocer, al momento de su perfeccionamiento, las ventajas y sacrificios que el negocio comportará”¹⁶⁷, o en otras palabras “...es en el que las obligaciones de cada una de los contratantes están determinadas o pueden determinarse, desde el momento de la conclusión o formación del contrato.”¹⁶⁸

Al tener la figura contractual de la franquicia comercial la característica de conmutativa, los contratantes tienen definidos, desde el momento del nacimiento de la misma, sus derechos y obligaciones dentro de la relación contractual. Las contraprestaciones que se derivan constituyen una ventaja cierta.

e) Ejecución Sucesiva

Los contratos de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo existen “...cuando las obligaciones que de ellos se derivan se van ejecutando durante el transcurso

¹⁶⁵ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 24

¹⁶⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 19

¹⁶⁷ MOSSET ITURRASPE (Jorge), op. cit., p. 81

¹⁶⁸ BAUDRIT CARRILLO (Diego), op. cit., p. 34

del tiempo...”¹⁶⁹, es decir, que el cumplimiento de esas obligaciones tienen carácter de permanencia durante toda la vigencia del contrato. En doctrina extranjera como la mexicana “...será de tracto sucesivo o de cumplimiento continuado o periódico, cuando sus efectos se prolonguen en el tiempo, sean fluyentes. Este tracto sucesivo puede comenzar concomitantemente con el perfeccionamiento del negocio... o puede sujetarse a un término...”¹⁷⁰

Al ser el contrato de franquicia comercial de este tipo, la relación contractual está destinada a extenderse en el tiempo, puesto que la única manera de ejecutar el contrato y dar cumplimiento al objeto del negocio es mediante una actividad de carácter continuo, ya que la consumación de los deberes se va realizando de manera continua.¹⁷¹

f) Atípico

“Los contratos innominados o atípico...designan todos aquellos contratos que no encuentran su sede dentro de la ley civil...carecen, no ya de nombre –de ahí la impropiedad de la designación como “innominados”- sino de una caracterización legal...”¹⁷², o lo que es lo mismo, “son acuerdos no previstos expresamente por la ley, por la costumbre ni conocidos doctrinalmente con un régimen especial. Son creación de los contratantes...”¹⁷³

¹⁶⁹ BAUDRIT CARRILLO (Diego), op. cit., p. 38

¹⁷⁰ MOSSET ITURRASPE (Jorge), op. cit., p. 91

¹⁷¹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 20

¹⁷² MOSSET ITURRASPE (Jorge), op. cit., p. 71

¹⁷³ BAUDRIT CARRILLO (Diego), op. cit., p. 36

La figura contractual en análisis se caracteriza por no encontrarse regulada en la ley. “Sin embargo, por su atipicidad no puede llevar a considerarla como ilegal en tanto se rige por los pactos, reglas o cláusulas contractuales establecidas por las mismas partes, siempre que estas sean consideradas lícitas y admisibles.”¹⁷⁴ Además se puede considerar que tiene “tipicidad social”, siendo de conocimiento generalizado entre la gente qué es y cómo opera un contrato de franchising.¹⁷⁵

g) Adhesión

Los contratos de adhesión son aquellos donde “...el contenido del contrato es obra exclusiva de una de las partes. El otro contratante no ha contribuido a determinar ese contenido y se ha limitado a manifestar su acuerdo, simplemente.”¹⁷⁶

Este tipo de contratos “...existen debido a una situación de disparidad entre las partes, determinada por la presencia de una que, dotada de una particular fuerza contractual, impone su esquema a la otra en el sentido de “lo tomas o lo dejas”, sin otra posibilidad que aceptar o rechazar.”¹⁷⁷

En el franchising, el franquiciante o franquiciador que goza de una posición ventajosa, con el objetivo de mantener la uniformidad del sistema, procede a realizar un contrato con base en cláusulas predispuestas por él que se convierten en condiciones generales de contratación, las cuales se tornan inmodificables;

¹⁷⁴ GONZALEZ P (Federico), op. cit., p. 13 y 14

¹⁷⁵ GONZÁLEZ P (Federico), op. cit., p.15.

¹⁷⁶ BAUDRIT CARRILLO (Diego), op. cit., p. 41

¹⁷⁷ MESSINEO (Francesco) citado por CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 35

donde los franquiciados, de acuerdo con intereses particulares, tendrán la facultad de aceptarlo o no.¹⁷⁸ Es por lo anterior que "...algunos autores consideran que el contrato de franquicia se caracteriza por la ausencia de negociación, imponiendo una de las partes todas las condiciones del contrato, con excepción del derecho de aceptarlo o rechazarlo."¹⁷⁹

h) Solemne

Los contratos solemnes "son aquellos para cuya validez se requiere que el consentimiento sea otorgado en una de las formas preescritas por la ley."¹⁸⁰ Es decir, que como requisito para el perfeccionamiento del contrato tiene que cumplirse con las formalidades que exige la ley.

El contrato de franchising es considerado solemne, pero por motivo de su misma naturaleza atípica ya explicada es posible aplicar las salvedades contempladas en el artículo 411 del Código de Comercio¹⁸¹, referente a que en material comercial la solemnidad no es un requisito para que los mismos produzcan efectos jurídicos, sin embargo algunos contratos sí deben cumplir con ciertas formalidades señaladas por la costumbre por la seguridad jurídica de ambas partes.¹⁸²

¹⁷⁸ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 16

¹⁷⁹ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 32

¹⁸⁰ BAUDRIT CARRILLO (Diego), op. cit., p. 37

¹⁸¹ **Código de Comercio**, Ley N°3284 de 24 de abril de 1964, art. 411.

¹⁸² RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 22

2) Características Especiales

a) Autonomía Jurídica del franquiciado

El franquiciado desempeña sus funciones con independencia, puesto que no hay una relación de dependencia jurídica.¹⁸³ A pesar de la asistencia técnica y controles permanentes del franquiciador al franquiciado, es éste último quien procede a realizar el aprovechamiento del bien o servicio a nombre y por cuenta propia.¹⁸⁴

La autonomía es un elemento del contrato de franquicia comercial, que lo excluye de ser una relación de índole laboral; ninguna de las partes tiene una relación de dependencia, sino de cooperación como se explicará luego.

b) Cooperación o Colaboración

La franquicia comercial debe ubicarse entre los contratos de “cooperación” o “colaboración”, en los que una parte desarrolla una actividad en concurrencia con la actividad ajena, pero de forma independiente. En la relación contractual hay prestaciones recíprocas, lo cual implica una forma de colaboración continua, ya que el éxito de una de las partes depende del éxito de la otra.”¹⁸⁵

¹⁸³ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 216 y 217

¹⁸⁴ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 22

¹⁸⁵ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 15

Las partes contratantes en el franchising que son independientes colaboran entre sí, actúan de manera conjunta para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de sus negocios. “La condición ideal está en la colaboración sobre la base de un equilibrio de poderes y de ganancias entre las partes; pero, en la realidad de los hechos, es el franquiciante quien impone las condiciones y el franquiciado quien se somete a ellas.”¹⁸⁶

c) Intuitu Personae

Al celebrarse el contrato de franquicia comercial se tiene en cuenta la calidad de los contratantes, las personas de uno o de ambos contratantes son elementos esenciales. Tanto el franquiciante o franquiciador como el franquiciado toman en cuenta la calidad de su contraparte en los aspectos económicos, administrativos, financieros, técnicos, de confianza, entre otros.¹⁸⁷

En caso de franquicias que suponen una inversión económica considerable y gran dificultad técnica, es factible que el franquiciante o franquiciador, el franquiciado o ambos sujetos de la relación contractual no sean personas físicas, sino entidades jurídicas, lo cual conllevaría a la ausencia de la característica aquí descrita.¹⁸⁸

¹⁸⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 23

¹⁸⁷ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 15

¹⁸⁸ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p.16

D) Diferencias con otras figuras contractuales

La franquicia comercial contiene elementos que pueden hacer que se la confunda con otros tipos de contrato, en especial en países donde no existe una legislación específica para la misma, ya que con frecuencia se da un fenómeno de aplicación analógica al franchising por medio de la jurisprudencia, de legislación existente para esos otros tipos de contratos mercantiles.¹⁸⁹

Para la delimitación adecuada del contrato de franquicia comercial se realizará una distinción con figuras contractuales afines, como lo son el contrato de agencia, de distribución, de concesión, de sociedad, de mandato, de comisión y otros; por lo anterior a continuación se define cada uno de ellos y se exponen las diferencias sustanciales con el franchising.

1) Contrato de Distribución

El contrato de distribución es "...aquel por el cual el productor o fabricante conviene el suministro de un bien final – producto determinado- al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada. A cambio de ello el distribuidor recibe del productor un porcentaje... sobre el precio de venta del producto..."¹⁹⁰, o lo que es lo mismo, es un contrato por medio del cual un fabricante de bienes otorga a un distribuidor el derecho a revender o suministrar esos bienes. El distribuidor es de titularidad y financiación completamente independiente y compra

¹⁸⁹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 8

¹⁹⁰ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 57

los productos del suministrador que le ha otorgado los derechos de distribución. Los acuerdos de distribución pueden ser tanto generales o exclusivos.¹⁹¹

El vínculo contractual entre las partes puede ser por tiempo determinado o indeterminado, pero durante el mismo debe existir un aprovisionamiento regular de mercadería por parte del fabricante y una zona donde ejercerá su actividad el comerciante dedicado a la distribución de tal mercadería.¹⁹²

El distribuidor realiza su actividad por cuenta y riesgo propios, nunca representa al fabricante, ni está subordinado a él, utiliza su propio nombre comercial o marca. Por el contrario el franquiciado utilizará el nombre comercial y la marca del franquiciante.¹⁹³

El franchising puede comprender la distribución de la producción del franquiciante, pero es principalmente un método para desarrollar un negocio tan exitoso como el que desarrolló el franquiciante¹⁹⁴, por lo que requiere: exclusividad, transferencia de tecnología, además existen restricciones de calidad y se debe seguir un sistema de negocios prescrito por una compañía matriz¹⁹⁵; que no son requisitos esenciales en el contrato de distribución.

Existe en el contrato de franquicia comercial una contraprestación a cargo del tomador o franquiciado y a favor del otorgante o franquiciador, que puede consistir en una cantidad dineraria fija o en una regalía mensual sobre sus ventas

¹⁹¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 9

¹⁹² KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p.15

¹⁹³ DIAZ BRAVO (Arturo). Contratos mercantiles. Harla S.A, México,1983, p. 118

¹⁹⁴ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 12

¹⁹⁵ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 11

o ingresos.¹⁹⁶ Se debe la asistencia permanente al franquiciado por parte del franquiciador para el adecuado funcionamiento del sistema de comercialización. Nada de esto es necesario en el desarrollo de un contrato de distribución.

2) Contrato de Mandato

En el contrato de mandato existe la "...relación de mandante-mandatario en la que el segundo representa el negocio y los intereses del primero...en el mandato la representación es básica y se caracteriza por las actuaciones que el mandatario realiza sobre los bienes o negocios del mandante."¹⁹⁷

En conclusión el mandatario gestiona negocios de otro, puede haber representación, y ninguna de esos fenómenos se dan en el contrato de franchising donde el franquiciado maneja su propio negocio. Además en el contrato de mandato no se presentan elementos esenciales de la franquicia comercial como son: la transferencia de tecnología, el derecho de uso de una marca registrada, el pago de regalías, por mencionar algunos.¹⁹⁸

3) Contrato de Comisión

El contrato de comisión se regula en "Nuestra legislación mercantil ... dentro del Título denominado "De los Auxiliares del Comercio", refiriéndose a éstos como sujetos dedicados profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero

¹⁹⁶ RAMÍREZ (Jorge Alfredo) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 32

¹⁹⁷ GONZALEZ P (Federico), op. cit., p. 14

¹⁹⁸ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 32

por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio.”¹⁹⁹, en resumen, “...cuando vende a nombre propio pero por cuenta ajena, es un comisionista.”²⁰⁰

En el contrato de comisión no hay control ni subordinación, se puede delegar y se agota con la conclusión del negocio; todo lo contrario ocurre en el franchising donde sí existe un control por parte del franquiciante y hay subordinación, además la franquicia no es delegable por ser un convenio personal o intuitu personae y se agota con el plazo pactado.²⁰¹ Y la principal diferencia radica en que la comisión se refiere a negocios ajenos, mientras que en la franquicia el franquiciado opera sus propios intereses.²⁰²

4) Contrato de Concesión

En el contrato de concesión comercial “El concesionario adquiere las mercaderías al concedente, y luego las vende a sus clientes en su nombre y por su cuenta. El concesionario asume el riesgo económico de la explotación, actúa como un comerciante clásico que compra para vender y lucrar con la diferencia entre el precio de compra al fabricante o distribuidor y el precio de reventa al consumidor.”²⁰³

Para explicar adecuadamente este tipo de contrato una definición clásica de la concesión comercial es: “...convención por la cual un comerciante denominado

¹⁹⁹ GONZALEZ P (Federico), op.cit., p. 14 y 15

²⁰⁰ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 51

²⁰¹ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 194 y 195

²⁰² PÉREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 15, p.119.

²⁰³ MEIROVICH DE AGUINIS (Ana María). Contrato de Agencia Comercial. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1991. p.11

concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente, para asegurar exclusivamente, sobre el territorio determinado, por un tiempo limitado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de productos de los que se le ha concedido el monopolio de reventa.”²⁰⁴

Se asimilan la concesión comercial y el franchising, porque se ve la colaboración interempresarial que existe en la franquicia comercial cercana a las técnicas contractuales de agrupaciones de concesionarios; pero que se diferencia en que el franquiciado está obligado a pagar un derecho de ingreso al sistema y cuotas periódicas.²⁰⁵

En la concesión comercial, a diferencia del contrato de franchising: no hay concesión de uso de marca, ni transferencia de tecnología o know-how, no hay manual operativo ni tiene que seguir el concesionario un modus operandi determinado, no se da asistencia ni control tan amplio por parte del concedente, no tiene obligación de mostrar signos distintivos del concedente porque el concesionario puede usar los propios.²⁰⁶ En la franquicia comercial no sólo se concede el uso de marca del franquiciador al franquiciado, sino que el primero se compromete a dar los mecanismos y directrices para la comercialización adecuada y exitosa de los productos y servicios al segundo.²⁰⁷

²⁰⁴ CHAMPAUD citado por MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 113

²⁰⁵ RAMÍREZ (Jorge Alfredo) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 33

²⁰⁶ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p.194 y 195

²⁰⁷ DIAZ BRAVO (Arturo), op. cit., p. 218 y 219

5) Contrato de Licencia de Marca

El contrato de licencia es en el que existe un titular de una patente de invención llamado licenciante, quien sin desprenderse de su dominio faculta a otro sujeto, quien se designa licenciatario para que haga uso de ella conforme a lo pactado, luego de registrarla de forma exclusiva en un territorio delimitado. Consiste entonces en autorizar a una persona para que explote una invención patentada por otra, o en suministrar una fórmula de fabricación a otro sujeto para que elabore el producto desarrollado con ella.²⁰⁸ Los contratos de licencia pueden ser no exclusivos o exclusivos.

Tanto el contrato de licencia como el de franquicia comercial tienden a la explotación del derecho por una persona distinta al titular, por lo que el licenciatario o el franquiciado pueden ejercer la acción protectora del derecho de propiedad industrial.²⁰⁹

La licencia de marca es un componente esencial de la franquicia comercial, pero no es el único, posee el franchising características adicionales. Pero la diferencia esencial es que un licenciante controla la manera en que el licenciatario utiliza las patentes, know-how y/o las marcas del licenciante, pero carece de control sobre el formato comercial o la manera en que el licenciatario lleva su negocio, mientras un franquiciador ejercita un control detallado también sobre la forma en que el franquiciado conduce su unidad.²¹⁰ O dicho de otra forma “en la

²⁰⁸ MARTORELL (Ernesto Eduardo), op. cit., p.14

²⁰⁹ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 19

²¹⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 11

licencia de marca no se da un control activo por parte del otorgante, el cual sí se da en el caso de franquicia comercial...²¹¹

6) Contrato de Know-how

El contrato de know-how es mediante el cual se transfiere a título oneroso el conocimiento (el conjunto de invenciones, procesos, fórmulas o diseños patentados o no patentables, que incluyen experiencia y habilidad técnica acumulada por el titular) de una empresa a otra.²¹²

Al ser la cesión del know-how uno de los elementos básicos de la franquicia comercial en este contrato, se incluyen cláusulas para mantenerlo en secreto permanente durante la vigencia del contrato y al terminar éste.

El contrato de franchising comprende el contrato de know-how, pero va más allá, porque hace uso de un nombre o de una patente o marca, además de tener acceso al conocimiento. Es decir, cuenta con otros elementos básicos como lo son el derecho al uso de una marca registrada que ya se mencionó, junto con el control y asistencia técnica permanente por parte del franquiciante.²¹³

En resumen, el contrato de franquicia comercial da al franquiciado derecho a disfrutar de fórmulas y secretos comerciales, con la prohibición de divulgarlo; mientras que el contrato de know-how sólo se refiere exclusivamente a la transferencia de tecnología.²¹⁴

²¹¹ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 35

²¹² MARTORELL (Ernesto Eduardo), op. cit., p. 14

²¹³ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 35

²¹⁴ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 194 y 195

7) Contrato de Agencia

En el contrato de agencia: “El agente de comercio es esencialmente un promotor de negocios, que actúa en nombre y por cuenta de su principal... el agente debe cooperación en su relación con el principal... a cambio, el agente obtiene una remuneración, que generalmente es una comisión sobre el monto de las operaciones realizadas con su intervención... el agente es un comerciante independiente... goza de la asignación de una zona o territorio... en el que dará cumplimiento al contrato.”²¹⁵ Por lo tanto, un agente comercial es un intermediario autónomo con autoridad continuada para negociar la venta o la compra de bienes por cuenta del principal, o para negociar y celebrar tales transacciones por cuenta de y en el nombre de ese principal.²¹⁶

En el caso del contrato de franquicia comercial, ambas partes son empresarios independientes que invierten y arriesgan sus propios fondos, no son responsables por las acciones u omisiones de su cocontratante; y el franquiciado no es agente del franquiciador por lo que no puede vincular a este último, ya que actúa en nombre y por cuenta propia. Cosa muy distinta ocurre con el contrato de agencia en el cual “... el agente tiene la capacidad de obligar al principal frente a terceros...”²¹⁷, debido a que la relación se da entre el principal y el cliente o tercero.²¹⁸

²¹⁵ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 51 y 52

²¹⁶ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 9

²¹⁷ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 34

²¹⁸ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 194 y 195

Otras diferencias entre estos dos tipos de contratos son: la transferencia del know-how, la asistencia y el control sólo se da en la franquicia comercial y no en la agencia.

Aunque las dos relaciones contractuales implican colaboración para la conclusión de operaciones, no existe la posibilidad para el agente de tener un crecimiento como empresario individual, posibilidad que sí se brinda al franquiciado en el contrato de franchising.²¹⁹

8) Contrato de Sociedad

El contrato de sociedad consiste en la creación de un negocio nuevo y “requiere para configurarse la presencia de tres elementos esenciales de los que no puede prescindir, que son el aporte, el ejercicio en común de una actividad y el fin de lucro.”²²⁰

El contrato de franchising no es un contrato asociativo por lo que no crea una persona jurídica nueva, lo que realmente se da es una colaboración empresarial dos comerciantes independientes que trabajan para lograr un objetivo común.²²¹ No existe en la franquicia comercial propiedad común del negocio y ni ninguna de las partes es responsable de las deudas de la otra.²²²

²¹⁹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 38

²²⁰ GONZALEZ P (Federico), op. cit., p. 15

²²¹ GONZÁLEZ P (Federico), op. cit., p.15.

²²² FLORES BEDOYA (Carolina), op cit., p. 11

9) Contrato de Corretaje

En el contrato de corretaje existe la figura principal del corredor cuya función consiste en aproximar los intereses ajenos, para lo cual se tiene que poner a disposición de otra persona los distintivos y la propiedad industrial de una empresa mercantil.

La diferencia principal entre la franquicia comercial y el corretaje, es que en el primer tipo de contratos se dan intereses propios del franquiciado y en el segundo tipo son intereses ajenos.²²³

²²³ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 194 y 195

Sección II

Elementos del Contrato de Franquicia Comercial

A) Elementos de la figura contractual

A continuación se enlistan y definen los elementos esenciales del contrato de franquicia comercial o franchising, estos elementos son aquellos sin los cuales el contrato no existiría.

1) Elementos Objetivos

a) Know-how

Se define know-how como el conjunto de "... conocimientos técnicos o secreto industrial al cual podemos distinguirle algunas características que son la originalidad, probado funcionamiento, fácilmente transmisible, y constantemente desarrollado."²²⁴ Es un cuerpo de información que es útil, novedosa, secreta y muy valiosa, ya que son conocimientos comerciales, administrativos, financieros y de gestión de empresa suficientes para que el licenciatario, es decir, el franquiciado diseñe, construya y explote una planta de fabricación de la misma calidad y éxito que el franquiciante.

Es considerado el objeto principal de toda franquicia; además la transferencia del know-how o saber hacer es una especie dentro del género de la

²²⁴ RIBERA (Carlos Enrique), op. cit., p. 14 y 15

transferencia de la tecnología.²²⁵ Es un elemento inmaterial intangible, de naturaleza intelectual.²²⁶

El término comprende varios aspectos que comprenden: el saber, el hacer, el saber-hacer, el hacer-saber, el saber recibir. El saber es un conocimiento exhaustivo sobre una determinada actividad, un franquiciador conocido poseerá este saber. El hacer es la capacidad de poner en práctica el saber. El saber-hacer son los conocimientos comerciales de organización y gestión, es decir, la técnica utilizada por el franquiciador que le ha hecho llegar al éxito; se puede desarrollar un saber-hacer negativo que consiste en lo que nunca se debe hacer. El hacer-saber requiere la transmisibilidad del saber-hacer, que debe ser posible reproducir tanto material como intelectualmente. El saber recibir se refiere a la habilidad de aprender que el franquiciado debe poseer para llevar con éxito y beneficiarse plenamente de todos los conocimientos que le son proporcionados por el franquiciador.²²⁷

Es un conjunto de informaciones prácticas no patentadas resultantes de la experiencia y la comprobación del franquiciador el cual deberá ser considerado secreto, sustancial e identificado²²⁸; esta información indica como llevar a cabo los procedimientos idóneos para la obtención de un producto, un bien o servicio igual al creado por el franquiciante.²²⁹ Lo anterior, junto con la asistencia técnica, es lo que permite la uniformidad en el producto o en la prestación del servicio.²³⁰

²²⁵ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 21 y 22

²²⁶ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 45 y 46

²²⁷ RIBERA (Carlos Enrique), op. cit., p. 14 y 15

²²⁸ RUIZ PERIS (Juan Ignacio), op. cit., p. 105-107

²²⁹ MENÉNDEZ CUÉ (Carlos) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 40

²³⁰ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 190 y 191

El know-how es un conocimiento no patentado para el cual no existe protección legislativa, es un activo de alto riesgo, es por tanto necesario que a todas las personas que tengan acceso a él se les imponga una obligación de no comunicarlo, esto se consigue por medio de cláusulas contractuales de confidencialidad, que deben regir tanto durante la vigencia del contrato como para después de su terminación.²³¹

b) Licencia de Marca

La licencia de marca es otro de los elementos esenciales del contrato de franquicia comercial, consiste en el otorgamiento del derecho de usar una “marca comercial” o nombre comercial. Ésta se puede definir como las señas, signos, símbolos, palabras o emblemas distintivos, visuales y en ciertos casos auditivos, que una firma comercial desarrolla para los bienes o servicios que pone a disposición de un mercado consumidor.²³²

Al franquiciado le interesa explotar aquellas marcas comerciales que mantienen un alto nivel de prestigio, con la finalidad de obtener una ventaja patrimonial que justifique la inversión que significó entre otras cosas obtener la licencia de marca. Por otra parte, el franquiciante busca que los bienes o servicios desarrollados por él se extiendan a más mercados, pero asegurándose que los estándares de producción serán similares en una u otra zona geográfica donde se desarrolle dicha figura comercial, con ese intereses es que otorga la licencia de marca, de la cual es titular.²³³

²³¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 131-134

²³² CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 51.

²³³ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 41 y 42

La licencia o patente es parte del derecho de la propiedad intelectual ya que los signos, la marca y demás distintivos del franquiciante es lo que asegura el éxito del comercio por lo que el franquiciante debe inscribir, en todos los países en que vaya a ser distribuido su producto, su marca.

c) Asistencia Técnica

Es un complemento de la transferencia del know-how o saber hacer, se prevé en el contrato, tanto la asistencia anterior a la apertura del negocio como la posterior, que debe dar el franquiciante al franquiciado; por lo tanto, se da una asistencia permanente que da la nota distintiva al contrato de franchising.²³⁴

La asistencia técnica se desarrolla con la entrega del franquiciante al franquiciado de los manuales de operación²³⁵, los cuales indican los objetivos y filosofía de la empresa, el análisis operacional.

También el manejo de los ingresos, el cálculo de las regalías y demás cuotas que deban pagarse al franquiciador, así como la descripción de cuándo y dónde deben realizarse tales pagos.

Junto con el deber de asistencia del franquiciador hacia el franquiciado, se encuentra el derecho a un control de las operaciones.²³⁶

²³⁴ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 41

²³⁵ BULTRÓN (Giselle) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 42

²³⁶ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 190 y 192

d) Territorio

La zona geográfica en la que el franquiciado gozará de exclusividad para desarrollar su negocio con éxito, es uno de los elementos que debe estar presente en el contrato de franchising. Esa ubicación geográfica puede determinar el éxito o el fracaso de la operación.²³⁷

Además de la exclusividad territorial, se pactan dos tipos de exclusividades más, a saber: la de distribución y la de aprovisionamiento.²³⁸

La exclusividad territorial, Pérez Bustamante la explica como: “Esta cláusula consagra el principio de exclusividad territorial reconocido al franquiciado, principio que lo protege frente al establecimiento de otro franquiciado, o del propio franquiciador en el territorio contractual”²³⁹.

Es una de las obligaciones del franquiciante el no conceder el derecho de explotar la franquicia o parte de ella a terceros, ni explotar por sí mismo la franquicia, cuando existe la cláusula de exclusividad territorial.²⁴⁰

²³⁷ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 192

²³⁸ JORDAN CASTILLO (Juan Eliecer) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 43

²³⁹ Ibidem supra nota 137

²⁴⁰ PEREZ VARGAS, op.cit., supra notra 134, p. 155.

e) Regalías

Existen dos contraprestaciones dinerarias que el franquiciado debe en un contrato de franquicia comercial, una es el derecho de entrada y otra las regalías. El derecho de entrada "... por lo general se da a la firma del contrato o apertura del negocio, que es cuando se exige el pago de una aporte inicial, generalmente fijo y calculado sobre el monto del proyecto de inversión del propio franquiciado. La suma correspondiente a este derecho no es reembolsable, a menos que el contrato no tenga el principio de ejecución por causas que le sean imputables al franquiciante"²⁴¹.

El derecho de entrada es diferente al concepto de regalía ya que esta última no es una suma de dinero fija como lo señala Marzorati: "Debe ser establecida alguna forma de retribución del franquiciado al franquiciante, a cambio de los servicios y de la asistencia que este presta durante toda la vigencia del contrato. Por lo general, debe pagar una suma fija de dinero al franquiciante al principio de la relación y una regalía durante el transcurso de ella."²⁴²

Se explica que la regalía es un porcentaje de los negocios del franquiciado y va a depender de una serie de factores como la penetración de la marca en el mercado y el valor de los conocimientos que son transferidos. Muchas veces puede ser consignada en pagos anuales o mensuales, pero en la mayoría de los casos, es fijada por medio de un porcentaje sobre la cifra de ganancia.²⁴³ Es llamada también, canon o royalty, pero lo importante del concepto es que el

²⁴¹ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 24

²⁴² MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 212

²⁴³ CASA (Francisco) y CASABÓ (Manuel) citados por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 44

franquiciado hace pagos de un determinado porcentaje sobre la facturación que realiza al franquiciante, mientras dure el contrato de franquicia comercial.²⁴⁴

²⁴⁴ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 190 y 191

2) Elementos Subjetivos

Las partes contratantes del franchising son el franquiciante o franquiciador y el franquiciado, cada uno tiene derechos y obligaciones dentro de la relación contractual; estos derechos y obligaciones cambian sustancialmente en cada contrato de franquicia.²⁴⁵

Se exponen a continuación un listado de obligaciones y derechos más relevantes y frecuentes, de cada uno de los sujetos ya mencionados; que posiblemente resulte incompleto en razón de la vasta gama de opciones que cada franchising puede presentar,²⁴⁶ ya que dependiendo del estilo de redacción del contrato, de la madurez del sistema y del poder de negociación de las partes, las responsabilidades y facultades de las partes varían.

a) El Franquiciante o Franquiciador

El franquiciante es la parte de la relación contractual que da una licencia al franquiciador para que venda, distribuya o produzca productos o servicios de su titularidad. De manera acertada lo define el autor Romero Pérez como el dueño de la licencia comercial: "...Franquiciante (franchisor, otorgante): dueño de una marca, método organizativo o know-how. Es el que genera un entorno de éxito por eficiencia, calidad y renombre en consideración a determinado producto o servicio que comercializa. Es el otorgante, el tenedor de una tecnología de instalación,

²⁴⁵ GOLZEN citado por KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 73

²⁴⁶ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 151

operación de un determinado tipo de negocio o titular o fabricante de una secreto, proceso, producto o equipamiento.”²⁴⁷

i) Obligaciones:

El sujeto que otorga la franquicia o franquiciante debe ser el titular de la misma, esta franquicia debe contar con un nombre comercial o marco, un logotipo que lo distinga, un método único para producir el bien o dar el servicio y ser reconocida en el mercado, o lo que es lo mismo, una aceptación general y exitosa, que permita al franquiciado un ingreso tal que pueda pagar las regalías al otorgante.

Como requisito para poder otorgar un contrato de franquicia comercial “el franquiciante debe haber desarrollado un producto o servicio de probada aceptación en el mercado cuya originalidad haya hecho conocida la marca que lo identifica. Esta característica es la que asegura al franquiciado el éxito en la futura explotación de su negocio.”²⁴⁸

Existen numerosas obligaciones que debe cumplir el franquiciante a causa del contrato de franquicia comercial, estas prestaciones que debe al franquiciador pueden ser divididas en términos generales en iniciales y continuas.

Así existe la obligación de proporcionar información inicial, que es la concerniente al sistema de franquicia, incluyendo la autorización del uso de una marca²⁴⁹ y la cesión de la licencia²⁵⁰, y su funcionamiento se transmite

²⁴⁷ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), op. cit., p. 181

²⁴⁸ RIBERA (Carlos Enrique). Franchising. En: Revista IVISTITIA, San José, Costa Rica, Año 3, N°34, p. 14

²⁴⁹ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 193

normalmente por medio de formación inicial y manuales de operaciones; e información continua sobre los progresos y mejoras que modifiquen el sistema, información que debe ser dada de forma regular.²⁵¹

En cuanto a la formación que debe darse al franquiciado, se proporciona al inicio de la relación contractual por medio de cursos que pretenden enseñar al franquiciado a usar el sistema transmitido; pero también debe realizarse regularmente en el curso de la relación programas de formación adicional, para mantener al franquiciado al día de los progresos y mejoras del sistema de franquicia.

Los manuales que contienen el know-how y otros derechos de la propiedad intelectual deben ser proporcionados por el franquiciador, ya que son estos los que indican detalladamente la manera en que deben utilizarse las marcas del franquiciador y en que debe implementarse el sistema de franquicia.

La asistencia que debe el franquiciador al franquiciante se divide en el asesoramiento inicial, y posteriormente continuo sobre la adaptación del sistema. Como el franquiciador normalmente prescribe estándares para la calidad de los servicios y de los bienes, proporciona consejo sobre: fuentes de suministro, la administración, el manejo y la contratación del personal, la contabilidad y presentación de informes, las técnicas de venta y las relaciones públicas y actividades de publicidad. Por lo tanto, durante la vigencia del contrato el franquiciador puede proporcionar consejo y asistencia en una serie de cuestiones administrativas, operacionales y técnicas.²⁵² Pero no sólo sobre aspectos

²⁵⁰ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 151

²⁵¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 67

²⁵² INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 73

económicos versa esta asistencia, sino también financieros al prestar apoyo financiero para la compra del local o hacer que el dinero sea prestado por un tercero.²⁵³

El Catedrático Pérez Vargas menciona como obligaciones del franquiciante el no conceder el derecho de explotar la franquicia o parte de ella a terceros. No explotar por sí mismo la franquicia, lo anterior por motivo de la exclusividad territorial que es uno de los elementos del contrato de franquicia comercial.²⁵⁴

Otra obligación importante es el mantenimiento y protección de las marcas y otros derechos de la propiedad intelectual, incluido el know-how, que licencie al franquiciado.²⁵⁵

Además de las anteriores obligaciones del franquiciador, consideradas las principales, existen otras como: el suministro de mercaderías o negociar el suministro de las mismas y asegurarlas²⁵⁶, la promoción y publicidad de la red de franquicia, proveer del espacio físico donde desarrollará la franquicia, la provisión de equipos, uniformes, bazar, entre otros; cuando se haya comprometido a ello contractualmente.

Debe además, garantizar la cobertura de los problemas inherentes a la comercialización de sus productos y realizar todas las inversiones necesarias para mantener la tecnología actualizada y en condiciones de competitividad. El

²⁵³ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 193

²⁵⁴ PEREZ VARGAS, op.cit., supra nota 134, p. 155.

²⁵⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 75

²⁵⁶ BESCÓS TORRES (Modesto), op. cit., p. 179 y 180

franquiciante tiene que mantener una política de precios de sus productos que posibiliten el éxito de la actividad del tomador.

En general, el franquiciador tiene que mantener el interés continuo en los negocios del franquiciado, ya que depende del éxito de este último su ganancia. Debe brindar las mismas condiciones a todos los franquiciados para mantener la uniformidad y estandarización del sistema de franquicia.²⁵⁷ También, debe ayuda en las consultas que tenga el franquiciado²⁵⁸

ii) Derechos:

Entre las facultades que tiene el franquiciante en la relación contractual está el control de la red, con ello pretende salvaguardar la reputación de la red y asegurar que los niveles de calidad se mantengan, dentro de esta facultad se encuentra el derecho a aprobar la ubicación de los establecimientos, el derecho a aprobar posibles franquiciados y el derecho a realizar inspecciones periódicas a las unidades franquiciadas sin previo aviso.²⁵⁹

Otro de los derechos básicos del otorgante de la franquicia es el cobro de una cuota inicial o derecho de entrada y de royalties o regalías periódicas u otras remuneraciones acordadas.²⁶⁰

²⁵⁷ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 70-72

²⁵⁸ FUENTES VARGAS (Bernal) citado por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 141-144

²⁵⁹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p.

²⁶⁰ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 73

El franquiciador puede además dictar a los franquiciados las directrices que considere pertinente para el adecuado funcionamiento de la franquicia. Y otro derecho que tiene es el respeto a la exclusividad de compra de los productos por parte del franquiciado.²⁶¹

b) El Franquiciado

El franquiciado “es la persona o empresa que recibe una franquicia de una empresa franquiciante, está comprometido y atraído por características del negocio ya existente que fue desarrollado por el franquiciante y que considera exitoso”²⁶²

El comerciante franquiciado recibe los beneficios de la enseñanza del franquiciante: “El franquiciado recibe así los beneficios del know-how, explotando su propio establecimiento con la enseñanza del franquiciador. Saber-hacer que abarca a todo el espectro empresarial: gestión, marketing comercial, merchandising, publicidad, contabilidad, fiscalidad, etc.”²⁶³

i) Obligaciones:

El franquiciado está obligado a múltiples prestaciones a favor del franquiciador, entre ellas debe utilizar la marca y los signos distintivos del franquiciante, así de igual manera, debe seguir sus instrucciones. Marzorati señala: “La licencia es acompañada de una serie de normas referentes al modo de

²⁶¹ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 148-150

²⁶² SOLANO (Carol) y BARRANTES (Irene), op. cit., p. 33

²⁶³ BECOS TORRES (Modesto). Factoring y Franchising. Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores. Ediciones Pirámide S.A. Madrid España, 1990, p. 136

actuar del franquiciado en el desempeño de sus actividades y en la administración de los productos de la marca”²⁶⁴

Tiene que pagar todos los derechos, regalías, honorarios, alquileres, liquidaciones, seguros, cargas laborales y cualquiera otra compensación pecuniaria previamente pactada en la relación contractual. Debe pagar una suma fija y una regalía mensual sobre las ventas o ingresos al franquiciante, en razón del uso de la marca. Aunado a lo anterior asume los riesgos de la empresa, ya que actúa en su propio nombre.²⁶⁵

Además debe comprar la maquinaria y equipo sugeridos por el franquiciante, construir las instalaciones conforme indique el franquiciante y dar el mantenimiento completo, porque tanto las estructuras externas como internas de un edificio son las que describen la calidad del servicio que se da en el local.²⁶⁶

El franquiciatario se compromete a mantener el secreto de los métodos y patentes del plan negocial, tanto durante como después de la vigencia del contrato. La protección de la marca queda a su cargo también, por lo que debe realizar los procedimientos de registro necesarios y además informar al franquiciante de cualquier anomalía relacionada con este aspecto.

El franquiciado debe aceptar el control e inspección que le imponga el otorgante. Debe adaptar a su organización contable y administrativa a la de la red. Además de comprar los suministros exclusivamente al franquiciante o dirigirse a los suministradores aceptados, cuando ha sido pactado así en el contrato.²⁶⁷

²⁶⁴ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 212

²⁶⁵ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 193 y 194

²⁶⁶ FUENTES (Bernal) y JIMÉNEZ (Fabio), op. cit., p. 105.

²⁶⁷ BESCÓS TORRES (Modesto), op. cit., p. 180-182

Otra obligación es no ceder el contrato de franchising. La mayoría de estos contratos establecen esta cláusula fundamentándose en el carácter de *intuitu personae*.

Debe hacer efectiva la explotación de la franquicia, cumpliendo con los estándares del Plan Negocial dado por el franquiciante²⁶⁸, es decir, el entrenamiento dado por el franquiciante debe ser puesto en práctica por el franquiciado, este último sujeto debe hacer un uso adecuado del nombre comercial. Otras responsabilidades del franquiciado son la provisión de adecuado capital de trabajo, el reporte financiero y pago puntual de deudas y la participación en la publicidad de la red franquiciada.²⁶⁹

Y por último, existe la prohibición para el franquiciado de fabricar, vender o utilizar productos competidores con los productos del franquiciante; o de dirigir un comercio similar en un territorio donde pueda competir con un miembro de la red franquiciada, esta obligación subsiste después de la expiración del contrato, por un período razonable. No puede tampoco cambiar la ubicación de los locales objeto del contrato de franquicia, sin el consentimiento del franquiciante.²⁷⁰

ii) Derechos:

El franquiciado desarrolla un negocio propio que se caracteriza por ser relativamente seguro ya que se basa en el éxito probado de un negocio ya existente, es decir, se aprovecha de la experiencia del franquiciante.

²⁶⁸ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 160

²⁶⁹ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 46-48

²⁷⁰ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 77 y 78

La asistencia permanente por parte del franquiciador es uno de los principales derechos del franquiciado dentro del contrato de franquicia comercial, lo cual le permite estar al tanto de los *aggiornamenti*, mejoras y ventajas del Plan Negocial.²⁷¹

Entre los derechos del franquiciado dentro de la relación contractual, está el de poder beneficiarse de la inversión masiva publicitaria que realiza el franquiciante o toda la red de franquicia en conjunto, es decir, se aprovecha de las campañas publicitarias.

Otra ventaja que tiene este sujeto contractual, es la obtención de productos a menor costo y el aprovisionamiento está asegurado por el otorgante.²⁷²

También, puede exigir el cumplimiento de las cláusulas acordadas con el franquiciante dentro del contrato de *franchising*, y en el supuesto de un incumplimiento grave y comprobado por parte del otorgante de la franquicia, puede solicitar la resolución o ejecución forzosa del contrato con el correspondiente pago de daños y perjuicios.²⁷³

²⁷¹ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 74

²⁷² RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 54

²⁷³ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 50

Capítulo III

Clasificación del Contrato de Franquicia Comercial

La estructura del contrato de franquicia comercial es muy compleja. Los consumidores tienen la impresión de que un producto o servicio tiene la imagen proyectada por la franquicia al comprar un particular producto. Lo que generalmente se desconoce es que forma de franquicia se utiliza; es decir, hay desconocimiento de aspectos como: si su territorio es exclusivo, o si sólo se distribuye el producto, o si lo que se brinda es un servicio, entre muchas otras modalidades.

En este capítulo se analizan las posibles clasificaciones de las franquicias más comunes entre los doctrinarios.

La doctrina brinda diversos criterios de clasificación del contrato de franquicia comercial, la variedad de criterios se debe a la naturaleza atípica de este tipo de contrato, no habiendo, de esta manera una clasificación unificada. Sin embargo, con el estudio de diferentes autores se puede realizar una clasificación del contrato de franquicia de la siguiente manera: la primera obedece al objeto del contrato de franquicia; la segunda a la exclusividad del contrato de franquiciada; y finalmente como tercera clasificación, la expansión y tamaño de la empresa franquiciada.

Sección I

Criterio de clasificación I: Objeto del Contrato de Franquicia Comercial.

A) Franquicia de Distribución.

Por medio de esta modalidad el franquiciador le establece al franquiciado los productos que debe vender, son productos que portan una determinada marca, con una determinada organización. De esta manera, el franquiciante organiza la distribución de productos fabricados por él mismo, o la comercialización de productos de otros fabricantes, por medio de una red de negocios franquiciados.

Bernal Fuentes y Fabio Jiménez explican que: “Franshisor buscará llegar a los mercados que le interesa servir con eficiencia, por ello esta modalidad le permite disminuir costos y riesgos, los cuales tendría que afrontar directamente si él lo intentara con su patrimonio... el franchisee buscará la integración a la modalidad empleada de franchising, comprometiéndose a respetar y cumplir con los deberes mínimos del contrato.”²⁷⁴

De igual manera, Esperanza Gallego señala que no se limita a conceder al franquiciado una exclusiva distribución o venta de sus productos o servicios para que los comercialice en establecimiento con los distintivos de su marca, sino que también comprende la posibilidad de bienes o servicios, debido a que el franquiciado pueda reducir sus costos y riesgos.²⁷⁵

²⁷⁴ FUENTES (Bernal) y JIMÉNEZ (Fabio), op. cit., p. 70

²⁷⁵ GALLEGOSANCHEZ citado por FUENTES (Bernal) y JIMÉNEZ (Fabio), op. cit., p. 71

Cabe recalcar que este sistema de franquicia le da mucha mayor libertad al franquiciado, pero soporta en sus operaciones porque se concentra más en el desarrollo del producto que en la operación del negocio.²⁷⁶ El franquiciado debe buscar la integración en la modalidad de la franquicia empleada, debiendo respetar y cumplir los deberes del contrato.

A simple vista pareciera ser un contrato de distribución o de cesión mercantil, sin embargo, la diferencia consiste en la existencia del elemento del know how que es conferido por parte del otorgante.

Ejemplo de este tipo de franquicia es el contrato realizado entre empresas petroleras con los vendedores de combustible.²⁷⁷

B) Franquicia Industrial o de Producción.

Aquí el franquiciado debe seguir las instrucciones y fines de venta del franchisor, que como señala Gallego Sánchez debe fabricar el correspondiente producto, al paso que proporciona la asistencia técnica, la marca y en algunos casos los materiales utilizados en la fabricación.²⁷⁸ "...el franchisee se beneficia a partir de un "know how" que le es transferido para la debida producción y posterior comercialización".²⁷⁹ De esta manera, el franquiciado fabrica productos que vende bajo la marca del franquiciante.

²⁷⁶ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 29.

²⁷⁷ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 219

²⁷⁸ GALLEGOSANCHA citado por FUENTES (Bernal) y JIMÉNEZ (Fabio), op. cit., p. 34

²⁷⁹ FUENTES (Bernal) y JIMÉNEZ (Fabio), op. cit., p. 71

Ejemplos muy comunes de este tipo de franquicias son la cadena de restaurantes Kentucky Fried Chicken, Burgen King, Pizza Hut y otros.

C) Franquicia comercial o de Servicio.

El objeto de este tipo de franquicia no es un bien tangible, sino más bien un servicio. Con este tipo de franquicia se puede decir que el franquiciante le da información al franquiciado para que ofrezca servicios con la marca y signos distintivos de franquiciante. El autor Juan Manuel Farina señala que mediante este tipo de franquicia se suministra un servicio como conceptualización de una técnica o normativa determinadas, como por ejemplo: servicios de coche, asesoramiento fiscal, mantenimiento corporal, entre otros.²⁸⁰

De esta manera, el franquiciado ofrece servicios al mercado utilizando el nombre comercial, distintivos e inclusive la marca del franquiciador.

Un factor fundamental lo constituye la transferencia de tecnología y la asistencia constante por parte del franquiciante hacia el franquiciado, con un compromiso por parte este último de no divulgar los métodos exclusivos de gestión empresarial que le son cedidos por parte del otorgante.

²⁸⁰ FARINA (Juan M), op. cit., p. 70

Sección II

Criterio de clasificación II: Exclusividad del Contrato de Franquicia.

A) Franquicia de Aprovisionamiento Exclusivo a favor del Franquiciante.

Mediante esta modalidad se puede dar el exclusivo aprovisionamiento de manera propia o impropia. Se da la propia cuando el franchisee sólo puede vender productos o servicios del franchisor. En este tipo de contratos propios, intervienen diversas figuras jurídicas tales como: la transferencia de tecnología, las licencias de fabricación, los derechos de propiedad industrial e intelectual y los acuerdos de distribución (business format franchising).

En caso contrario es la impropia donde el franchisee no está obligado a vender exclusivamente los bienes dados en el aprovisionamiento por el franchisor; siempre y cuando no introduzca el franchisee bienes puestos a la venta por él, que sean competencia a los bienes y servicios objetos del contrato²⁸¹.

Para autores como Marzorati, éstas son más que acuerdos por lo que el franquiciado recibe el derecho de distribución semi-exclusiva de un producto o productos fabricados por el franquiciante y que serán comercializados bajo el nombre de marca de éste. En estos casos, el tomador o franquiciado goza de mayor autonomía frente al otorgante. Son los llamados “product franchising”, que se asemejan a los contratos de distribución y concesión comercial²⁸².

²⁸¹ FUENTES (Bernal) y JIMÉNEZ (Fabio), op. cit., p. 72

²⁸² MARZORATI (Oswaldo), op. cit., p. 201

Esta modalidad ha sido criticada por la doctrina, ya que se dice que se atenta contra la misma esencia del franchising. Sin embargo, “si se le considera un contrato de franquicia de distribución con aprovisionamiento exclusivo impropio a favor del franquiciador, esta modalidad sería ventajosa para el franquiciado, cuando el contrato feneciera. Lo anterior cuando existiera la posibilidad de subsistir para el franquiciado con otros bienes y servicios.”²⁸³

B) Franquicia en Atención a la Exclusiva Territorial del Franquiciado.

Dentro de esta clasificación se realiza una subdivisión interna, la cual se expone a continuación:

1) En Atención a la Estrategia de Apertura de Mercados y surgimiento de Vínculos Contractuales.

Es en la cual el franquiciado, si bien opera dentro de un territorio determinado, no se establece en un lugar específico, por lo que suele desplazarse de un punto a otro, ya sea por medio de vehículos comprados o alquilados.

A la franquicia a la estrategia de apertura de mercado y surgimiento de vínculos contractuales se le suele ver en oposición a la franquicia comercial, donde el franquiciado opera siempre en el ámbito de un determinado territorio.²⁸⁴

²⁸³ FUENTES (Bernal) y JIMÉNEZ (Fabio), op. cit., p. 73

²⁸⁴ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 33

Se suele ver en oposición a la franquicia convencional, que como se explicó es en la que el franquiciado opera siempre en el ámbito de un determinado territorio, pero sin constituir a una unidad de venta fija.²⁸⁵

Bernal Fuentes explica que parece ser más bien una “estrategia de apertura de vínculos”, por cuanto el fin lógico empresarial consiste en la consolidación, que no se puede dar sino sobre un mercado asentado territorialmente.

2) Exclusiva Territorial Convencional

La Exclusiva territorial convencional en el cual el franquiciado no puede efectuar subcontratos sobre su territorio aún cuando respetara el contrato principal. En el caso que pueda efectuarse subcontrato, el franquiciado debe estar de acuerdo con el pacto hecho con el franquiciador, y no podrá transgredir sino con su expresa autorización lo pactado en el contrato de “franchising master”, que es el contrato principal.

El franquiciado goza de exclusividad en los derechos sobre un determinado territorio. “...el franchisor concede a un franchisee un área en una gran mercado territorial...”²⁸⁶.

Es una alternativa al “franchising” satélite que es el franchising por área. De esta manera, “el franquiciador concede a un “franquiciado master” por área en un gran mercado territorial (por ejemplo un estado o región entera). El franquiciado territorial a cambio sub-franquicia dentro del territorio concedido. Para mantener el control sobre los franquiciados en los varios niveles y subniveles de la

²⁸⁵ FUENTES (Bernal) y JIMÉNEZ (Fabio), op. cit.,p. 75

²⁸⁶ COLTMAN citado por FUENTES (Bernal) y JIMÉNEZ (Fabio), op. cit.,p. 74

organización, el franquiciador designa “controladores territoriales”²⁸⁷. Además el franquiciado territorial debe soportar la carga de reclutar y hasta de entrenar a los franquiciados.

Por medio de la franquicia territorial un franquiciador lleva a cabo el mayor número de flujo en efectivo a corto plazo al más bajo valor inicial.

3) Exclusiva Territorial convencional Operativa o Restrictiva.

El franquiciado debe limitarse exclusivamente a vender o prestar el servicio de la franquicia de una manera directa, es decir, que no le es permitido realizar contratos con subfranquicias sobre su territorio aún cuando se respetara el contrato principal.

Bernal Fuentes explica: “ Esto da lugar para mencionar, que para el caso en el cual pueda efectuarse subcontratos, el franchisee, en tanto principal, deberá estar de acuerdo con lo pactado con el franchisor; no pudiendo transgredir sino con su expresa autorización lo pactado en el contrato de franchising master”²⁸⁸

La exclusividad territorial protege al franchisee de la competencia eventual del franchisor o bien de los otros franchisees

²⁸⁷ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 24

²⁸⁸ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 74

Sección III

Criterio de clasificación III: Expansión y tamaño de la empresa franquiciada

A) Franquicia Individual

Se define como una franquicia que se le otorga a una persona, a grupos de personas, o a una empresa, correspondiente a una unidad comercial para funcione en un determinado sitio. El tener más de una franquicia por parte de un franquiciado depende de su desempeño y de sus condiciones financieras.²⁸⁹

B) Franquicia Regional o Multifranquicia

Es cuando “se cede el derecho de implantar y poner en marcha el número de unidades que determinada región puede soportar. En este caso la inversión del franquiciado será mucho mayor pues depende del número de unidades. Y en el caso del franquiciante, se da la situación de que un territorio entero está en manos de un solo franquiciado, lo que hace necesarias estrictas exigencias de calidad y relaciones de poder.”²⁹⁰

De igual manera, se dice que este tipo de franquicia se da cuando el franquiciante le da al franquiciado regional el derecho de subfranquiciar en su

²⁸⁹ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 15, p.144

²⁹⁰ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 33

territorio; es decir, vender y controlar las franquicias individuales, lo que hace que éste se vuelva más complejo y delicado.²⁹¹

C) Franquicia Maestra

Sucede cuando se cede el derecho de implantar y operar unidades en determinado territorio, se dice que generalmente en un país, lo cual puede ser hecho por el franquiciado maestro o por quienes éste elija como sub-franquiciados en diferentes localidades. “De esta forma, el franquiciado maestro podrá subfranquiciar unidades individuales o regionales, de acuerdo con la distribución geográfica aprobada por el franquiciante original”.²⁹²

El riesgo y la complejidad son mayores porque el franquiciado pasa a actuar como franquiciante en ese país, debiendo absorber toda la cultura y capacidad del franquiciante original.

Una de las características de esta forma de franquicia es que el franquiciante original obtendrá mayor control sobre el franquiciado maestro.

El contrato de franquicia con el franquiciado individual será firmado por el franquiciado maestro y no por medio del franquiciante original, siendo el primero el que reciba todos los pagos.²⁹³

²⁹¹ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 33

²⁹² SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 34

²⁹³ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 34

D) Franquicia de Supervisión.

En este tipo de franquicia lo único que se cede es el derecho de instalar y supervisar las unidades que previamente aprobó ese franquiciante. “El contrato se celebra entre el franquiciante y el franquiciado; pero en el medio está el franquiciado supervisor que hace los trabajos de captación, selección de franquiciados, aprobación del punto comercial, asistencia en la instalación, entrenamiento, inauguración, supervisión de la operación y otros servicios acordados con el franquiciante.”²⁹⁴

²⁹⁴ MAURO y SAPOROSI citados por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 35

Sección IV

Otras Clasificaciones del Contrato de Franquicia.

A nivel doctrinal existen otras posibles clasificaciones de la figura contractual de la franquicia las cuales se expondrán seguidamente.

A) Según la participación de las partes

1) Franchising de codirección

En esta modalidad de la franquicia el franquiciado correrá con los gastos y el riesgo, por su parte el franchisor realizará la gestión y administración de la empresa.²⁹⁵

2) Franchising de locación

Aquí el franchisor arrienda una organización empresarial, asumiendo los costos y riesgos. Por su parte corresponderá al franchisee el ejercicio de la empresa, su gestión.

B) Según la Duración

El franquiciante y el franquiciado pueden establecer o no, dentro del contrato un término fijo de duración. La duración del contrato dependerá del negocio en cada caso concreto.

²⁹⁵ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 75

1) Franquicia de Duración Determinada

Cuando se establece un término fijo de duración o un plazo extintivo al momento de celebrar el contrato por parte del franquiciado y franquiciador, se está en presencia de un contrato de franquicia de duración determinada.

2) Franquicia de Duración Indeterminada

Si no se determina la duración que tendrá el contrato de franchising al momento de celebrarlo, se está frente a un contrato de duración indeterminada. En nuestro país si no se ha establecido un plazo los convierte en contratos de duración indeterminada, pero nadie está obligado a permanecer obligado por un contrato perpetuamente por lo que puede ponerle fin al mismo bajo pena de indemnizar a la otra parte. Se sostiene la tesis que se debe dar un preaviso que vendría a constituir una protección para el franquiciado²⁹⁶

C) Según involucre producto, servicios o autorización del nombre o marca

Otra de las clasificaciones es la que involucra un producto o un servicio y las que centran en la autorización de trabajar bajo un nombre o marca registrada. Dentro de esta clasificación podemos encontrar distintas modalidades de posibles acuerdos entre franquiciante y franquiciado:

1) Franchising de productos y servicios

Dentro de esta clasificación se crean las siguientes subclasificaciones:

²⁹⁶ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 51

a) Fabricante-Minorista

Dentro de esta modalidad el franquiciante puede franquiciar un negocio completo, un departamento o un solo producto. En el caso del franchising de un departamento de una línea de productos ocurre generalmente en las grandes tiendas que separan por secciones algunos artículos que ceden a alguna marca famosa. En cambio, el franchising de un solo producto es menos habitual, pero se da, por ejemplo, en el caso de máquinas fotocopiadoras.

b) Fabricante- Mayorista:

Se da cuando el fabricante produce el bien o lo franquicia a vendedores mayoristas, quienes estos a su vez lo distribuyen a los minoristas. El caso típico es la Coca Cola o Pepsi Cola quienes producen la fórmula base, la cual es más tarde desarrollada, embotellada y vendida por los mayoristas franquiciados.

c) Mayorista-minorista:

Este tipo de modalidad se puede estudiar en dos casos: el primero es de las uniones cooperativas que nacen de la confraternización de negocios minoristas que adoptan estándares comunes de organización y venta, para después manejar el sistema de franchising para la incorporación de nuevos franquiciados; dentro del segundo caso se encuentran los comerciantes mayoristas que convocan minoristas, generalmente de un ramo o área específica y que se benefician mutuamente al identificarse con una imagen, estilo y calidad comunes.²⁹⁷

²⁹⁷ KLEIDERMACHER citado por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 25

2) Franchising de licencia de marca registrada

Es un tipo de contratación que se basa en una marca registrada, que cabe recalcar es lo preponderante en la franquicia. El prestigio o la fama de dicha marca o nombre comercial constituyen el objeto del contrato de franquicia, y no un producto específico. Es el ejemplo de las franquicias de hotelería.

3) Licenciante de marca registrada - fabricante

Este tipo de franquicia puede suceder, aunque no es muy usual. Se da cuando el franquiciante no produzca bienes ni servicios, sino que desarrolle el concepto, registre su marca, establezca estándares de calidad, especificaciones de todo tipo, como es el ejemplo de las publicitarias. Más adelante, el franquiciante concede al fabricante la autorización para producir el producto y comercializarlo de acuerdo a sus especificaciones.

4) Asociación de licenciantes de marcas- miembros asociados

Esta clasificación de franquicia consiste en "...grandes estructuras comerciales que se unen entre sí, estandarizando sus productos a los que individualizan como una marca que se registra...comercializan bajo su propio nombre este producto común, dentro de las reglas del franchising. De esta forma aumentan el poder de promoción de un producto único, asignándole mutuamente zonas para su comercialización..."²⁹⁸

²⁹⁸ KLEIDERMACHER citado por SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 25

5) Licenciario de marca-minorista

Este tipo se da cuando el dueño de un negocio exitoso autoriza a otro empresario a que comercialice sus bienes y servicios, junto con su marca, ejerciendo los controles necesarios y en una zona determinada. Es muy común en las comidas rápidas

D) Según la dimensión de los negocios franquiciados

El autor Italiano Fignani aporta una serie de estudios comparativos que permiten realizar otra clasificación: sobre esta figura contractual moderna.²⁹⁹

1) Franquicia global o total

Es aquella que todo un local o comercial es exclusivamente dedicado al negocio de la franquicia.

2) Franquicia parcial o córner

Se le puede denominar también el espacio del franquiciado, ya que sólo una parte del local es dedicado a la franquicia, especializándose en un producto o servicio determinado. Es una alternativa ideal para empresas que no poseen una gran gama de productos o cuando no alcanza para asegurar un nivel de rentabilidad para un local exclusivo.

²⁹⁹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 215

E) Según la Independencia Económica entre las Partes

Marta Chervin de Katz, realiza una clasificación que se inclina hacia las franquicias basadas en el nivel de independencia económica existente entre franquiciante y franquiciado, surgiendo así, “las franquicias asociativas, la multifranquicia y la plurifranquicia”. La autora nos brinda la siguiente clasificación:

1) Franquicia asociativa:

Se da cuando a pesar de permitir la independencia económica entre las partes, se caracteriza por la existencia de controles o vínculos entre la empresa franquiciante y franquiciada. El franquiciador está asociado con el capital franquiciado, llegando así a tener una participación con el franquiciador.

2) Multifranquicia:

En este caso el franquiciado tiene más de un establecimiento del mismo franquiciante, correspondiéndole un área determinada donde puede abrir varios locales o incluso tener subfranquiciados. Se da cuando: “se cede el derecho de implantar y poner en marcha el número de unidades que determinada región puede soportar.

De esta manera, la inversión del franquiciado será mucho mayor pues depende del número de unidades; y en el caso del franquiciante, se da la situación de que un territorio entero está en manos de un solo franquiciado, lo que hace necesarias estrictas exigencias de calidad y relaciones de poder”.³⁰⁰

³⁰⁰ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 27

3) Plurifranquicia:

Por medio de esta modalidad se permite la adquisición de otras franquicias por parte de la empresa franquicia, eso si que no sean competitivas entre sí, convirtiéndose en un franquiciado que opera como propietario de varias marcas o emblemas.

F) Según sea la relación entre el Franquiciado y el Franquiciante Directa o Indirecta

1) Franquicia Directa o de Unidad

Para la UNIDROIT la franquicia directa es llamada también franquicia de unidad. “En la franquicia de unidad el franquiciador mismo otorga franquicias a franquiciados individuales en el país extranjero. En este caso existe un contrato internacional del que el franquiciador y el franquiciado son partes. Esta forma de franquiciar no es frecuentemente utilizada en la franquicia internacional, a menos que sea entre países que geográfica y culturalmente estén cercanos uno del otro.”

301

El franquiciante no residente puede celebrar directamente los contratos de franquicia sin la necesidad de establecer una sucursal o subsidiaria. Se dice que desde el punto de vista del franquiciado extranjero es simplemente una fuente de ventas más, con la sola diferencia de que puede estar ubicada fuera de los límites del país. El franquiciante celebra un contrato de franquicia comercial unitario con el franquiciado en un solo lugar. Su compañía vende una franquicia comercial, suministra lo necesario para atenderla y la supervisa. Dentro de este contexto

³⁰¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 23

existen tradicionalmente dos fuentes de ingresos que dispone el franquiciante: un arancel inicial por la franquicia y el pago de regalías.³⁰²

Dentro de las operaciones en el extranjero, si estas son limitadas, este acuerdo puede ser adecuado. Esta estructura puede ser atractiva: la aprobación de la inversión extranjera por parte del gobierno del franquiciado puede no ser necesaria en tales circunstancias, como lo sería para el establecimiento de una entidad local en el extranjero.

a) Development Agreement o Franquicia de Desarrollo

En la doctrina internacional la forma típica de franquicia directa es la franquicia de desarrollo. “Este contrato, en esencia, consiste en otorgar al comerciante independiente franquiciado el derecho exclusivo de cubrir un determinado territorio. Todas las unidades de franquicia comercial deben ser propiedad de ese comerciante, y éste a su vez, para que el otorgamiento de ese derecho exclusivo, se obliga a sí mismo a habilitar un cierto número de unidades de franquicia comercial de acuerdo con un desarrollo diagramado. Dentro del contexto internacional el territorio puede ser un estado o provincia entera o aún todo el país.”³⁰³

“En el caso de los contratos de desarrollo al promotor se otorga el derecho a abrir un número múltiple de unidades según un programa predeterminado y dentro de un área dada.”³⁰⁴

³⁰² MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 257

³⁰³ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 258

³⁰⁴ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 30

El franquiciador y el promotor pueden celebrar un acuerdo de unidad para cada unidad que el promotor abra, en cuyo caso existirá un contrato marco de desarrollo al igual que algunos contratos de unidad, todos entre el franquiciador y el promotor.

El contrato de desarrollo puede por otra parte cubrir tanto el contrato marco como los contratos de unidad. Según los contratos de unidad el promotor es un franquiciado normal con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro franquiciado.

En un contexto internacional esta forma de contrato presenta problemas específicos que no existen necesariamente dentro de un contexto nacional, “incluyen la sustanciosa financiación que se requiere para crear una red. Para poder abrir varias unidades de acuerdo con un programa predeterminado el promotor debe tener considerables medios económicos. Si el acuerdo es insatisfactorio, es muy caro para el franquiciador, o para otro posible promotor, hacerse cargo de la red.”³⁰⁵

2) Franquicia Principal o Master Franchisee Independiente

Consiste en un instrumento clásico para las situaciones de franquicia internacional. “Bajo este acuerdo el franquiciante celebra un contrato de franquicia con una sociedad del país extranjero, según el cual el sub-franquiciante mismo desarrolla y es titular de franquicias además de otorgar franquicias a tomadores

³⁰⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 27

del mismo país extranjero. Lo que el franquiciante concede es un derecho exclusivo a un comerciante para que habilite unidades de franquicia comercial, pero también otorga el derecho adicional de sub-controlar franquicias comerciales.”³⁰⁶

De modo que este comerciante adquiere dos derechos que serían: el derecho de habilitar comercios propios conforme al sistema de franquicias comerciales y el derecho de subcontratar la franquicia comercial a terceros. Esta modalidad de contrato es diferente de la franquicia de desarrollo porque en este último caso el comerciante no tiene derechos de subcontratar franquicias comerciales a terceros.

Dentro del contrato de franquicia comercial el franquiciado principal asume el papel del franquiciante para todos los fines y propósitos, se comporta como el franquiciante en el territorio o país. “Asume todos los derechos y contrae todas las obligaciones. Debe hacerse cargo del adiestramiento, debe buscar compradores interesados en tomar franquicias comerciales, debe hallar locales de venta y lugares de trabajo y continuar supervisando al franquiciado.”³⁰⁷

Autores como Marzorati clasifican a las franquicias como modalidades de instrumentación, donde el franquiciante ingresa en un mercado extranjero donde surgen numerosas posibilidades en cuanto a la estructura que dará a su franquicia. Explica: “estas modalidades surgen esencialmente de las modalidades tradicionales de master franchise, al que se le llama acuerdo de franquicia principal, que le otorga derechos a un franquiciante en una región entera

³⁰⁶ MARZORATI (Oswaldo), op. cit., p. 259

³⁰⁷ MARZORATI (Oswaldo), op. cit., p. 259

(multinacional o sub-nacional) o país, pudiendo a su vez, sub-franquiciar, y/o establecer múltiples franquicias propias.”³⁰⁸

La UNIDROIT en la Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal explica los contratos de franquicia principal así: “En los contratos de franquicia principal el franquiciador otorga a otra persona, el sub-franquiciador, el derecho, que en la mayoría de los casos será exclusivo, a otorgar franquicias a sub-franquiciados dentro de un cierto territorio, como lo podría ser un país y/o a abrir por sí establecimientos de franquicia. El sub-franquiciador en otras palabras actúa como franquiciador en el país extranjero. El sub-franquiciador paga al franquiciador por este derecho una compensación económica.”³⁰⁹

Dentro del contrato de franquicia principal por lo general se da la existencia de dos contratos: un contrato internacional entre el franquiciador y el sub-franquiciador, que es conocido como franquicia, y un contrato de franquicia nacional entre el sub-franquiciador y cada uno de los sub-franquiciados, que es conocido como el contrato de sub-franquicia.

La guía antes mencionada de la UNIDROIT explica: “El sub-franquiciador asume el derecho a licenciar a los sub-franquiciados como el franquiciador en el territorio y asume los deberes de un franquiciador frente a los sub-franquiciados. El sub-franquiciador es responsable de la ejecución de los contratos de sub-franquicia y del desarrollo y funcionamiento generales de la red en el país o territorio que se le ha dado derecho a desarrollar. Es deber del sub-franquiciador intervenir si un sub-franquiciado no cumple sus obligaciones”³¹⁰

³⁰⁸ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 257

³⁰⁹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 19

³¹⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 17

El franquiciador normalmente se comprometerá a proporcionar al sub-franquiciador un número de servicios, pero después el sub-franquiciador, dependiendo del sistema, tendrá en gran medida la responsabilidad de la gestión de la operación

Con lo dicho anteriormente se pueden nombrar una serie de ventajas y desventajas que presenta el contrato de franquicia principal. Por ejemplo en el caso del franquiciador hay beneficios como: la posibilidad de expandir su red sin invertir tanto como sería necesario de establecer él mismo su operación extranjera, aunque la inversión requerida, tanto en términos económicos como de recursos humanos, pueda resultar más importante de lo que muchos franquiciadores estiman antes de celebrar el contrato; el país del franquiciador y el del sub-franquiciador diferirá considerablemente en cultura, costumbres y tradiciones, legislación, lengua y religión, por no hablar de la organización social y económica, por lo tanto, es una ventaja para el franquiciador contar con un individuo o entidad que esté familiarizado con el país en cuestión.

Por otro lado el franquiciado se beneficia de invertir en un concepto comercial ya conocido y probado, por lo cual el sub-franquiciador debe escoger franquicias sólidas que tienen posibilidad de éxito, para que resulte de una buena inversión.

Algunas de las desventajas que tiene este tipo de franchising son: el control limitado del franquiciador sobre la red de la franquicia, ya que se ve disminuido por resultado directo del hecho de que ordinariamente no existe relación contractual directa entre el franquiciador y los sub-franquiciados, así que el franquiciador está obligado a confiar en el sub-franquiciador para la ejecución de los contratos de sub-franquicia y para garantizar que sus derechos, como por ejemplo los derechos

de propiedad intelectual, no sean infringidos. “Los problemas surgen no obstante cuando el sub-franquiciador no cumple sus obligaciones como debiera...Legalmente el franquiciador tiene el derecho de hacer cumplir las disposiciones del contrato de franquicia principal que exigen al sub-franquiciador establecer, supervisar y controlar adecuadamente el sistema de franquicia y sus marcas. Sin embargo es un derecho muy difícil de hacer cumplir desde un punto de vista práctico.”³¹¹ Otro problema que presenta la franquicia principal es en cuanto a la rescisión de los contratos de franquicia, ya que en razón de la naturaleza de la franquicia principal resulta difícil para un franquiciador ejecutar su derecho a rescindir un contrato de franquicia principal. Dentro de las consecuencias caben que el franquiciador continúe en una relación comercial no rentable e indeseable con su sub-franquiciador. “Las dificultades que supone la rescisión de los contratos de franquicia principal se relacionan en particular con el impacto de tal rescisión sobre los sub-franquiciados. Aunque los sub-franquiciados no son parte del contrato de franquicia principal, los derechos otorgados por los contratos de sub-franquicia se derivan del contrato de franquicia principal y su suerte depende por ello del contrato de franquicia principal.”³¹²

El sub-franquiciador no tiene garantía de que el contrato sea siempre renovado. Considerando las importantes inversiones necesarias por parte del sub-franquiciador, esta incertidumbre representa una de los inconvenientes a tomar en consideración a la hora de evaluar la franquicia.

Se da la distribución de ingresos derivados de las cuotas. “La recompensa económica del franquiciador será generalmente inferior a aquella que resulte de un contrato de franquicia de unidad directa o de un acuerdo de desarrollo de la

³¹¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 19

³¹² INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 19

franquicia. Esto será en cierta medida compensado con los menores costes en que incurre el franquiciador... Aunque normalmente las cuotas se reparten en una proporción que favorece al sub-franquiciador, los franquiciadores que normalmente reciben la porción menor.”³¹³

³¹³ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 19

Capítulo IV

Extinción del Contrato de Franquicia Comercial y los Efectos Jurídicos

La duración del contrato de franquicia comercial, como todo contrato, depende de las necesidades y circunstancias de cada negocio. En la práctica los franquiciados tienen la posibilidad de contratar con plazos largos, ya que de lo contrario, la estabilidad de sus inversiones podría estar en riesgo.

“Los términos de veinte años o más no son desconocidos, ni son las opciones que conceden al sub-franquiciador el derecho de renovar el contrato de franquicia principal por un nuevo término de veinte años.”³¹⁴

En algunos países los términos máximos o mínimos de los contratos se fijan por la normativa respectiva. La UNIDROIT señala que la duración puede verse como una limitación de los derechos porque al final del término del contrato de franquicia principal puede no siempre ser posible que el franquiciador proteja su know how, ya que puede considerarse que este ha llegado a ser propiedad del sub-franquiciador.

El concepto de extinción, jurídicamente hablando, se refiere al cese, finalización, conclusión, el fin o la desaparición de vínculos entre personas o situaciones. Cada contrato que nace a la vida jurídica está destinado a terminar; la extinción de cada contrato se puede dar de diferentes maneras y por diferentes razones.

³¹⁴ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 30, p. 47

En materia contractual existen los contratos de duración indeterminada y los de duración determinada, cuando se dan los contratos de duración determinada da lugar a un problema: “al llegar al término del contrato...al no haber cláusulas previstas no existiría un derecho de renovación o prórroga; sin tomar en cuenta la antigüedad en las relaciones de ambos sujetos a las promesas de renovación y renovaciones entre otras.”

El preaviso es de suma importancia, porque representa una protección al franquiciado y debe darse necesariamente antes de la terminación del contrato. “Este preaviso se debe a que las partes no necesariamente conocen el día y la hora de terminación del contrato, ya que aún cuando fuese determinado puede sobrevenir un acto unilateral del franquiciante que le ponga fin, por ejemplo.”³¹⁵ El preaviso es obligatorio, no importando sino está pactado en el contrato, ya que obedece al principio de buena fe comercial y se evitan abusos y manejos abruptos contra el franquiciado.”³¹⁶

Hay casos en que no se da una extinción del contrato de franquicia comercial, sino más bien una transmisión de ella. La característica de intuito persona toma una gran relevancia en este punto... “ya que las cualidades personas del franquiciado, sea este persona física o jurídica que se expresa por medio del operador, son relevantes para la celebración del contrato, total o de forma parcial. Por el mismo motivo el franquiciante se reserva habitualmente el derecho de negar la transferencia, sino le convienen las condiciones del franquiciado propuesto.”³¹⁷

³¹⁵ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 52

³¹⁶ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 52

³¹⁷ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 266

Se explica que el problema reside en determinar si la cláusula es lícita, y que divide el derecho del franquiciado de transmitir un negocio lucrativo por cualquier título y que es válida en los supuestos de mortis causa frente a los herederos del causante.

La doctrina ha delimitado las causales de extinción de los contratos de la siguiente manera: normales y anormales, las cuales se amplían en el presente apartado de esta investigación, junto con los efectos jurídicos que conllevan.

Sección I

Formas Normales de Extinción del Contrato de Franchising

A) Cumplimiento del Plazo Contractual.

El plazo dentro del contrato de franquicia obedece a diversos límites como es el tipo de franquicia, no es el mismo plazo para la franquicia industrial que para la franquicia de servicios.

Se dice, que por lo general en las relaciones de franquicia se recurre a la tácita de reconducción, es decir, "...que si ninguna de las partes renuncia al contrato dentro del plazo de preaviso establecido, se renueva el mismo por un período igual al inicial."³¹⁸

Sin embargo, el franquiciante como el franquiciado puede establecer o no, dentro del contrato, un término fijo de duración. En el caso que el plazo sea expresamente establecido en el contrato, se deben tomar los siguientes factores en cuenta:

1) La magnitud de la inversión

"Cuanto más grande sea la inversión del franquiciado, mayor será el tiempo que éste necesitará para recuperarla."³¹⁹ En este caso se explica que el retorno y la rentabilidad esperada son elementos determinantes, para que la franquicia

³¹⁸ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 64

³¹⁹ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 80

tenga éxito. Por ejemplo: en cuanto a las franquicias de comidas rápidas, entre más prestigio tiene la marca, cuanto más probado está el método, el fee de ingreso que se cobra suele ser importante, pero ello se equilibra pues son generalmente negocios de mucho volumen, que hacen que el retorno de inversión sea rápido.³²⁰

2) Plazo del contrato de locación o de alquiler

En el momento en que este tipo de contrato termine, se termina el contrato de franquicia. “pese lo anterior, la tendencia es que, aunque expire el plazo acordado, se busque la manera de prorrogar o renovar el contrato de franquicia. Se aprovecha esta situación, para renovar otros aspectos como innovaciones de tecnología, la competencia, la economía, la legislación y circunstancias particulares de la zona franquiciada.”³²¹

Cuando concluya el plazo pactado y no habiendo cláusula que prevea su prórroga, sobrevendrá de manera automática la relación contractual entre las partes, devolviendo todos los signos distintivos con que operaba la franquicia.³²²

En el caso que no se establezca plazo determinado, parte de la doctrina considera que las partes no pueden quedar obligadas perpetuamente, por lo que si no existe provisión alguna sobre condiciones o extienda tal plazo, naturalmente sobrevendrá la conclusión de las relaciones entre las partes, extinguiéndose la vinculación contractual que los unía. “En tal caso no habrá mayores inconvenientes, debiendo exclusivamente procederse a cumplir con los plazos

³²⁰ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 69

³²¹ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 81

³²² FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 84

posteriores a la terminación del contrato (liquidación del stock, devolución de elementos distintivos de la franquicia, etc), que normalmente se establecen en el propio contrato.”³²³

En el caso que a la conclusión del plazo, el franquiciado continúe con la explotación de la franquicia, sin que se verifique un acuerdo entre ambas partes, se dice, que la relación continúa sin que medie una manifestación reconductiva que exteriorice un nuevo acuerdo. Kleidermacher se pregunta: ¿Podría considerarse entonces que se trata de una novación de obligaciones sin plazo y dejar expedita su fijación por el tribunal?

En el caso de Costa Rica se puede considerar de esa manera, ya que se presume que las partes están en acuerdo de seguir con la ejecución del contrato, por lo que nace a la vida jurídica otro contrato idéntico al anterior.

De igual manera, Kleidermacher considera que tal solución es injusta. “Más razonable y equitativo en relación a las expectativas del franquiciante será entender que la renovación se opera por el mismo plazo que ha sido fijado en el contrato principal. Esta solución también se compadecerá con los intereses del franquiciante, entendiéndose que si continuó con la relación contractual post cumplimiento del término, es porque no tiene objeciones al comportamiento del franquiciado. En tal caso, la existencia de un término máximo para esta reconducción tácita, otorgará cierta previsibilidad y certeza más conveniente que una completa incertidumbre y un plazo a determinar vía instancia judicial. Además despejará de toda duda la absoluta aplicabilidad de todas las cláusulas contractuales.”³²⁴

³²³ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 84

³²⁴ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 166

Normalmente los contratos de franchising prevén en algunas de las cláusulas la posibilidad de que el franquiciante pueda resolver unilateralmente el acuerdo en cualquier momento de su duración sin expresión de causa y sin obligación de reparar daños y perjuicios. En determinados casos se otorga un pequeño preaviso, y en otros la resolución se exige en forma automática.

Se dice, que es mejor imponer jurídicamente al franquiciante la obligación de renovar el contrato al franquiciado, siempre que no exista una causa que justifique lo contrario. Al estar en presencia, como se mencionó anteriormente, de un contrato que no tiene plazo, se trata de un contrato de plazo indefinido, donde se encuentran dos criterios diferentes: el primero, que ninguna de las partes puede finalizar el contrato y si lo hacen debe indemnizar a la otra parte; el segundo se trata de un preaviso, que vendría a ser una protección al franquiciado, ya que se le considera la parte débil de la relación, con lo que se protege la buena fe y se evitarían abusos por parte del franquiciante.

Comparte dicha opinión el autor Kleidermacher al decir que con respecto a la extinción del contrato de duración indeterminada por mera voluntad del franquiciante, la doctrina y la jurisprudencia ha señalado que se exige: 1) su estipulación contractual y 2) un preaviso razonable o una indemnización adecuada.³²⁵

³²⁵ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 168

Sección II

Formas Anormales de Extinción del Contrato de Franchising

A) Rescisión Anticipada por Mutuo Acuerdo o Revocación

Se da antes del vencimiento del plazo contractual, cuando tanto el franquiciante como el franquiciado deciden por mutuo consentimiento dar fin al contrato de franquicia. El presupuesto es la recíproca conveniencia de las partes.³²⁶ De esta manera, la revocación es un acto voluntario.

Las partes convienen en cualquier momento de la ejecución del contrato de franquicia comercial la terminación del mismo y por ende la eliminación de sus efectos, según las especificaciones que pacten en ese momento o hayan pactado en la celebración del contrato de franchising.

De esta manera, existen dos posibilidades, las cuales se amplían a continuación:

La primera consiste en el caso en que las partes convienen, en cualquier momento, la culminación de la franquicia de conformidad con las especificaciones que pacten al momento de la decisión, es lo que doctrinalmente se conoce como rescisión por mutuo disenso; produciendo la extinción de las obligaciones asumidas por las partes pero con un efecto ex nunc, es decir, no retroactivo sino para el futuro.

³²⁶ PEREZ VARGAS (Víctor), Derecho Privado. Tercera Edición, Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 1994. p. 362

La segunda posibilidad es en la cual las partes establecen la posibilidad de que, mediante una indemnización predeterminada o un preaviso ajustado, cualquiera de ellas puede abandonar el contrato, aunque tal indemnización no es del todo aconsejable, pues debe seguir muy bien la evolución y la complejidad de cálculos financieros propios del contrato de franquicia, lo que podría resultar muy perjudicial, especialmente para el franquiciado³²⁷. Kleidermacher explica: “esta indemnización tabulada es poco común y no del todo aconsejable –salvo que dependan de complejos cálculos que vayan siguiendo la evolución de la franquicia-, y puede resultar sumamente perjudicial para cualquiera de los sujetos del contratos, en especial para el franquiciado. En cierto supuesto creemos que podría dar lugar a la invocación del abuso de derecho.”³²⁸

Aquí el término rescisión es entendido en el significado semántico como forma de terminar un contrato, sin embargo, el término adecuado es revocación; lo cual se explica más ampliamente en el Capítulo I de la Sección II del presente estudio sobre el Contrato de Franquicia Comercial.

³²⁷ FARINA (Juan M), op. cit., p. 32

³²⁸ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 169

B) Resolución por Incumplimiento Contractual

El concepto de resolución puede ser entendido como la facultad que tiene la parte afectada por el incumplimiento, de resolver el contrato. Es una sanción que consiste en la supresión retroactiva de las obligaciones contractuales³²⁹; lo que quiere decir, es que por medio de esta, una de las partes al sobrevenir un hecho que perturba el desarrollo normal de la relación, pueda provocar la cesación de la eficacia.³³⁰

La parte perjudicada en caso que no se cumplan las obligaciones estipuladas tiene dos posibilidades: “La primera es exigir la ejecución forzosa de la obligación incumplida y, la segunda, resolver el contrato con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios”.³³¹

Para que el incumplimiento provoque la resolución del contrato es necesario “... que el incumplimiento reclamado tenga importancia; esta importancia depende de los intereses de las partes; lo que se quiere tutelar es una relación de equilibrio de un sistema de intereses.”³³²

Lo anterior obedece a que el incumplimiento debe estar revestido de cierto grado de importancia para que posibilite el ejercicio del derecho al resolver el contrato. Se explica que el incumplimiento debe impedir el normal desenvolvimiento de la relación contractual, teniendo en cuenta el interés de la parte contraria.

³²⁹ BAUDRIT CARRILLO (Diego), op. cit., p. 100

³³⁰ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 365

³³¹ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 86

³³² FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 72

Una de las teorías que se han destacado en cuanto al incumplimiento como opción, es la del autor Juan Manuel Farina donde este sostiene que el incumplimiento que puede constituir en presupuesto de resolución es aquel relativo a la prestación principal asumida en el contrato, lo que supone es la existencia de obligaciones principales y accesorias en un mismo contrato, el incumplimiento de obligaciones accesorias sólo habilitaría a la opción resolutoria cuando de su conjunción surja un peligro de incumplimiento llano de la obligación principal.

Se dice que esta posición tiene la desventaja de que supone la existencia de obligaciones principales y accesorias dentro de la relación contractual. Con respecto al contrato de franquicia, "...puede no ser posible ya que éste se compone de múltiples obligaciones que consideradas en forma aislada pueden parecer de poca importancia, pero que en conjunto conforman el sistema completo de la franquicia."³³³

Kleidermacher explica que uno de los medios para solucionar los problemas que se puedan gestar en este tipo de incumplimiento, se asienta en el rasgo fiduciario que alienta los contratos de franquicia. "...De tal suerte que si el incumplimiento alcanza una entidad tal que, más allá de su carácter principal o accesorio, lesiona o erosiona la confianza que se deben mutuamente las partes, la perjudicada por el incumplimiento podrá legítimamente hacer uso de su opción."

³³⁴

Se dice que el establecimiento de un límite entre lo importante y lo accesorio puede no ser tan sencillo y que el perjuicio que surge del incumplimiento

³³³ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 72 y 73

³³⁴ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 190

de las obligaciones accesorias sólo sea fácilmente reparable a través de la opción resolutoria y no por otro medio.³³⁵

Ahora bien, el cocontratante puede exigir la resolución del contrato con más los daños y perjuicios que el incumplimiento contractual le haya irrogado³³⁶. Es importante aclarar que no cada vez que se da el incumplimiento se tiene que reparar los daños y perjuicios producidos, ya que se deben conjugar diversos elementos como los son: el incumplimiento objetivo como acción antijurídica imputable al incumpliente; la existencia de daño actual y resarcible ocasionado a la otra parte, la verificación de culpa y/ o dolo en la acción incumpliente; y la determinación de la causalidad adecuada entre el incumplimiento virtual y el daño comprobado.³³⁷

Es importante recalcar que "...el incumplimiento puede ocasionarse en cualquiera de las dos partes y, por lo tanto, la exigencia de la resolución y los daños y perjuicios puede ser reclamada tanto por el franquiciante como por el franquiciado."³³⁸

Generalmente, cuando no se cumple un contrato y se resuelve mediante daños y perjuicios se da un primer supuesto el cual es una medida precautoria para evitar que el franquiciado siga usando el sistema de derecho y sin pago alguno, y si la terminación fue justificada le cobrará los costos del uso al franquiciado o a su garante. Si al contrario, el franquiciado tiene éxito y demuestra

³³⁵ FARINA (Juan M), op. cit., p. 83

³³⁶ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 190

³³⁷ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 191

³³⁸ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 191

que la terminación fue injustificada, los daños y perjuicios se los cobrará al franquiciante.³³⁹

Cuando se da la resolución del contrato de franchising el franquiciante exigirá que se realice lo siguiente: la eliminación de signos, marcas y logos en locales, papelería y folletería; la devolución de manuales, información técnica, planos, recetas, fórmulas; y la destrucción de circulares operativas de sistemas y recibos.

1) Supuestos de Incumplimiento del Franquiciador

Los autores Francisco Casa y Manuel Casabó realizan una lista de los supuestos de incumplimiento, dentro de los cuales se encuentran por parte del franquiciador:

- a) Falta de acuerdo en cuanto a la cesión de derechos a un tercero.**
- b) Disolución de la empresa franquiciadora.**
- c) Retraso de la entrega de mercancías comprometidas en cantidades y fechas.**
- d) Corte de suministro de información y asistencia.**

³³⁹ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 58

- e) Pérdida de control sobre los elementos diferenciadores de la franquicia como lo son la marca y los signos distintivos.**

2) Supuestos de Incumplimiento del Franquiciado

Los autores Francisco Casa y Manuel Casabó realizan una lista de los supuestos de incumplimiento, dentro de los cuales se encuentran por parte del franquiciado:

- a) Falta de acuerdo en cuanto a la cesión de los derechos de un tercero.**
- b) Cambio en las normas impuestas o incumplimiento de las mismas.**
- c) No participación en las sesiones formativas que periódicamente organiza el franquiciador para todo el personal.**
- d) Fallos en los pagos a proveedores en la fecha debida.**
- e) Retraso o no pago de los cánones pactados.**
- f) Irrespeto a la cláusula de no competencia.**
- g) Disolución de la empresa franquiciada.**

En el año de 1996 el Tribunal Superior Civil se ha pronunciado sobre la resolución de los contratos de franquiciada por incumplimiento contractual de la siguiente manera: “Las restricciones que en forma unilateral e injustificada realizó la concesionaria, tanto en el equipo como un relación al territorio que le había otorgado, evidencian una conducta que no corresponde a lo que la contraparte esperaba, lo cual agravó al designar la accionada un nuevo franquiciado, quitándole la exclusividad que le había dado. La empresa demandada, por su parte, en ningún momento logró demostrar incumplimiento por parte de la franquiciada, pues los pequeños defectos normales que le achacaron se repetían en la planta de la accionada, conforme se acreditó en el acta notarial.”³⁴⁰

Esta causal de incumplimiento contractual trae consigo la ejecución forzosa o la resolución contractual, pero se debe tomar en cuenta el grado de dicho incumplimiento para así poder determinar si puede ser causal de resolución o no.

En caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas en el contrato de franquicia puede sobrevenir la intimidación, exigiéndose así la ejecución forzosa del contrato o la solicitud de la resolución del contrato por incumplimiento, solicitada por la parte cumpliente.

En caso de incumplimiento las partes pueden estipular, en forma expresa, que en casos de incumplimiento, la parte que ha cumplido está facultada para exigir la ejecución forzosa de la prestación debida, más los daños y perjuicios por la directa resolución del contrato, que deviene a causa de ese incumplimiento; o en su defecto podría solicitar la aplicación de la resolución de pleno derecho, la cual debe estar debidamente pactada.

³⁴⁰ **Tribunal Segundo Civil Sección Primera.** N. 294, de las 9 H. 10 del 11 de diciembre de 1996, Proceso Ordinario de INDUSTRIAL DE ALIMENTOS EL COMAL S.A. contra DEMASA.

En caso de conclusión de la relación por incumplimiento contractual, a partir de ese momento y en forma inmediata, cesarán todos los efectos contractuales de los acuerdos de franchising.

Cuando ciertas obligaciones son incumplidas, viéndolo como una posibilidad de la relación contractual doble, es aconsejable la redacción de una cláusula resolutoria que puede dejar sin efecto el contrato en cuestión, en fecha previa a la de su vencimiento, dándose de igual forma una ruptura de la relación contractual, pero menos perjudicial, para las partes, por encontrarse prevista tal situación. El incumplimiento puede ocasionarlo cualquiera de las partes contratantes, franquiciante o franquiciado.

Con respecto a los contratos bilaterales y su incumplimiento se dice: "Tratándose de contratos bilaterales y ante su incumplimiento, el artículo 692 del Código Civil costarricense establece la posibilidad de demandar su ejecución forzosa o su resolución. Es la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico por transgredir un vínculo obligacional con fuerza normativa para las partes."³⁴¹ Es decir, se trata de acciones otorgadas a la parte cumpliente en razón del incumplimiento de la otra; en todo caso, las acciones derivadas del citado artículo son otorgadas a la parte que ha cumplido. Quien incumple no puede exigir el cumplimiento forzoso ni la resolución contractual.³⁴²

³⁴¹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 59

³⁴² **Sala Primera**, N° 80 de 15 H. 30 de 30 de noviembre de 1993. **Sala Primera**, N° 9 de 14 H. 40 del 13 de enero de 1995.

3) Supuestos Frecuentes de Incumplimiento del Contrato de Franquicia Comercial

En el contrato de franquicia entre los más frecuentes incumplimientos contractuales están:

a) Resolución por Competencia Desleal

Se dice que en principio, el contrato no puede prever una cláusula que impida a un antiguo franquiciado, explotar una actividad comercial cualquiera. Es válida, únicamente esta cláusula, si se le limita en el tiempo, espacio y sector de la actividad. “Algunos autores entienden que la cláusula de no competencia es válida en principio, si se la limita en el tiempo, espacio y sector de la actividad”³⁴³

Es común que los contratos de franquicia comercial contemplen la prohibición de utilizar o transmitir a un tercero el know how que recibió del franquiciante durante la ejecución del contrato. Es común que se prohíba al franquiciado, tanto antes como después, de la vigencia del contrato, abrir un establecimiento que tenga un objeto idéntico o similar al negocio objeto de la franquicia en determinada zona.

En el caso que el franquiciado sea una persona jurídica, esta cláusula de no competencia se debe extender a los socios, directores y gerentes de la misma.

Las rescisiones de los contratos de franquicia, generalmente, son publicados en medios de comunicación masiva, para así evitar la competencia del franquiciado, además se le obliga a retirar todos los signos distintivos para no

³⁴³ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p 73

confundir al público consumidor. “En los casos de franquicias que prevén la posibilidad de ventas económicas, es conveniente que las líneas sean cambiadas, para que el antiguo franquiciado no se beneficie con técnicas que son propias de la franquicia.”³⁴⁴

Durante la vigencia del contrato aquellas estipulaciones en las que se le prohíba al franquiciado, durante la vigencia del contrato o después de éste, a abrir un establecimiento que tenga objeto idéntico o similar al negocio explotado en el régimen de franquicia o en una zona donde podrían entrar en competencia con uno de los miembros de la red, no serían contrarias a derecho.

En la actualidad la competencia desleal ha sido regulada en muchas legislaciones: “La legislación antimonopólica y la defensa de la competencia constituyen una de las ramas jurídicas que mayor desarrollo ha alcanzado en el mundo industrializado durante las últimas décadas. Concentrada inicialmente en los Estados Unidos. La formación del Mercado Común Europeo dio un gran impulso a su aceptación y desarrollo en la mayoría de los países de Europa Occidental. La elaboración de códigos de conducta aplicables a las empresas multinacionales, a la transferencia internacional de tecnología y las prácticas restrictivas en general”.³⁴⁵

El contrato de franquicia es afectado de manera directa, por lo explicado anteriormente, por la legislación de cada país. En el caso de nuestro país la ley N° 7472 de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor que tiene como fin proteger de manera efectiva los derechos e intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y la libre

³⁴⁴ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p 73

³⁴⁵ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 251 y 252

concurrència, por medio de la prevención y la prohibición de monopolios o actividades monopolísticas.

Marzorati explica que dentro del derecho de la libre competencia, que afecta la franquicia de manera directa es la relación entre las normas que protegen a la libre competencia y las que establecen derechos de propiedad industrial. Este autor considera que “el problema radica en la contradicción en la coexistencia de normas jurídicas que protegen la propiedad industrial con las que tienden a mantener una situación de plena competencia en los mercados.”³⁴⁶

b) Resolución por incumplimiento o alteración del know how

Al respecto se dice: “el franquiciado, se compromete en el contrato a utilizar un procedimiento ya establecido, probado y exitoso. De la misma manera, se compromete a seguir todos y cada uno de los lineamientos que le indica el manual de operaciones. Así mismo, se le impide al franquiciado utilizar el know how concedido, para otros fines que no sea la franquicia durante el período contractual.”³⁴⁷

Una vez que se haya expirado el contrato, no se puede impedir al franquiciado que utilice el know how, eso sí mientras no se haya convertido en conocimiento general o de fácil acceso. Si se da un incumplimiento de las estipulaciones anteriores o una alteración no autorizada previamente por el franquiciante puede conllevar a la resolución del contrato, pues se pondría en

³⁴⁶ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 252

³⁴⁷ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 87

juego la imagen y el prestigio de la marca o servicio comercial, lo que causaría el peligro de toda la red.

c) Resolución por falsificación de información

La información de índole financiera es muy importante, la misma regularmente deberá reportarla el franquiciado al franquiciante, ya que de ella se extrae el cálculo de los montos que el franquiciado tiene que abonar al franquiciante por concepto de regalías periódicas.

”Si se comprueba que esta información ha sido alterada, el franquiciante estará en la facultad de pedir la resolución del contrato, poniendo de esta manera fin a la franquicia...”³⁴⁸

De igual manera, este tipo de resolución también tiene lugar cuando el franquiciado adeude las regalías de varios períodos, constituyente en deudor del franquiciante y se da la extinción del contrato.

d) Resolución por prestación de servicios no autorizados

En el contrato de franquicia se debe especificar claramente cuales productos y servicios puede brindar el franquiciado y la manera en que debe hacerlo.

³⁴⁸ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 77

Si el franquiciado llega a quebrantar esas especificaciones contractuales incurre en incumplimiento contractual y por ende puede darse la resolución por prestación de servicios no autorizados.

e) Resolución por cesión de la franquicia no autorizada a un tercero

Se explica: “en los contratos la cesión siempre es permisible, excepto que esté prohibida por la ley o por contrato (art. 1101 del Código Civil). Para que el franquiciado tenga la prohibición de ceder, gravar pignorar, en alguna forma traspasar los derechos de su franquicia a un tercero, esta posibilidad debe haber sido contemplada de manera expresa y claramente detallada dentro del contrato.”³⁴⁹

En caso de suceder lo contrato a lo citado con anterioridad el franquiciante puede dar por terminada la relación contractual, ya que es éste quien debe prohibir en el contrato la cesión de la franquicia a un tercero.

f) Resolución por utilización ilegal de las marcas y derechos del sistema de franquicia

El uso de la marca deberá seguirse según los lineamientos estipulados en el contrato, ya que de caso contrario, se desnaturalizaría y afectaría el objeto mismo de la franquicia.

³⁴⁹ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 91

Se explica lo siguiente por parte de la autora Flores Bedoya: no siempre que se produce un supuesto incumplimiento surge el deber de reparar los daños y perjuicios. Es necesario además, que se conjuguen diversos elementos junto al incumplimiento. La doctrina establece los siguientes elementos fundamentales: el incumplimiento objetivo, el daño actual y razonable, la culpa o dolo en acción del incumpliente y una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

“Es importante señalar que nuestra legislación no prevé diferencias con respecto al grado o extensión en el deber de reparar en el caso de que la acción del incumpliente haya sido dolosa o culposa como si sucede en otros ordenamientos”³⁵⁰

³⁵⁰ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 78

C) Resolución por Causas Sobrevenientes

Las causas sobrevivientes son todos aquellos hechos que se producen ajenos a la voluntad de las partes y que conllevan inevitablemente a la finalización del contrato. Entre ellas están:

1) Por muerte o incapacidad del franquiciante

Si la franquicia es concedida a una persona física por alguna cualidad especial, el contrato vendrá ipso facto en intuito personae, sin perjuicio de que ello no sea de la naturaleza esencial del franchising; por tal motivo será aconsejable tal mención en el contrato, en cuyo defecto podrá ser interpretado en contra de tal individualidad.³⁵¹

En caso de que el franquiciante sea una sociedad, los casos de muerte e incapacidad no se aplicarían.

Por tratarse de un contrato "intuito personae" este deberá darse por concluido en casos en que sobrevenga la muerte o incapacidad de alguna de las partes.

En caso de que el franquiciante sea una sociedad, los casos de muerte e incapacidad no se aplicarían. Al hablar de personas físicas se ha mantenido la tesis de que los derechos del franchising deberán pasar a sus sucesores o tutores, quienes administrarán la franquicia, con la excepción de aquellos casos en donde el control y la asistencia de la franquicia requiera de un conocimiento especial; en

³⁵¹ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 170

estos supuestos, el contrato de franquicia debería tenerse por resuelto por razones de fuerza mayor, dándose la aplicación efectiva de las consecuencias de un convenio intuitio personae.

2) Por muerte o incapacidad del franquiciado

En los casos donde las franquicias son intuitio personae, en relación con el franquiciado, el contrato deberá considerarse concluido al producirse la muerte o la incapacidad del franquiciado. Sin embargo, siendo la franquicia un bien patrimonial de un valor considerable, el contrato debiera prever una indemnización equitativa a la familia del franquiciado, que tenga en cuenta el lucro cesante de la franquicia en cuestión.³⁵²

Se dice que la inclusión de una cláusula como la indemnizatoria ayudaría a despejar dudas en relación al futuro de la franquicia, y además ayudaría a brindar un adecuado marco de tranquilidad al franquiciado, que aspira a brindar un horizonte protectivo razonable a su familia.³⁵³

Si no estipula absolutamente nada al respecto en el contrato y el franquiciado muere estando en vigencia el contrato, se actuará según lo dispuesto por el derecho sucesorio.

Con respecto al Derecho Costarricense se ha dicho: “si una persona muere sin disponer de sus bienes o solo dispusiera en parte, si su testamento fuera caduco o anulado, podrán heredar los derechos que con lleva la franquicia, los sujetos comprendido en el artículo 572 de nuestro Código Civil. Si el franquiciado

³⁵² KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 170

³⁵³ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 11

es una persona jurídica y quien posee la representación muere, lógicamente se continuará con el negocio y se le otorgará la representación a otros miembros de la sociedad. Por su parte, si este aspecto fue contemplado en el contrato, se regirá por lo establecido en él, se actuará de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad.³⁵⁴

Al darse el caso en que la franquicia fue concedida a una persona física por calidades propias o especiales, es decir, *intuitu personae*, es indispensable establecer esta cláusula dentro del contrato; pues de lo contrario el contrato deberá considerarse concluido al producirse la muerte o incapacidad del franquiciado o si, por el contrario; no se tomó en cuenta tales características específicas a la hora de contratar, la muerte del franquiciado da lugar a las consecuencias normales del proceso sucesorio.

3) Declaración de quiebra

La doctrina explica que no es frecuente dentro del negocio de la franquicia, dándose una liquidación o que este se halle en la bancarrota “el hecho de que alguien se convierta en franquiciador no significa que esté investido con una aura de invencibilidad y que no pueda fallar”.³⁵⁵

Si alguna de las partes se encuentra en un estado de cesación de pagos que importen un estado de liquidación judicial o de liquidación de bienes, el contrato cae y sólo puede seguir bajo la vigilancia judicial en casos excepcionales.³⁵⁶

³⁵⁴ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 93

³⁵⁵ MENDELSON citado por KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 172

³⁵⁶ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p 87

Si se da el caso de quiebra del franquiciante, dentro del activo de la empresa habrá que contar el know-how, los secretos comerciales, las marcas y los copy rights. El valor de lo anterior dependerá de la cantidad de acuerdos de franquicia celebrados y el territorio que abarca la red.³⁵⁷

Así, por más infalible que el proyecto se pueda ver puede caer en error, en desaciertos, todo lo que pueda caber en la frase de fuerza mayor, que implican cadenas causales independientes que la intersección con la propia del franchising configuran el caso fortuito donde la quiebra resulta una alternativa posible.

En este supuesto el contrato de franquicia debe necesariamente perecer, ante la imposibilidad de las partes de continuar con las prestaciones contraídas. Sin embargo, los doctrinarios hablan de dos supuestos:

a) La quiebra del franquiciante

En la que la continuación de la empresa se tornaría imposible, pues no se estarían dando los elementos esenciales del contrato. En este caso donde la quiebra sea del franquiciante, se puede decir que el franquiciante es un empresario cuyo objetivo empresarial radica en la venta de franquicias, es decir, un plan negocial definido. Como es normal en el mundo de los negocios, todo negocio no está 100% garantizado.

Algunos supuestos dentro de los cuales puede la quiebra darse son los siguientes: el plan negocial pudo haber fallado en su concepción; el objeto de la franquicia puede quedar fuera del comercio por disposiciones legales

³⁵⁷ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p 87

sobrevivientes; “El conjunto del franchising puede ser una gran estafa y, desapareciendo los responsables o el producto de su ilícito, quedar el franchising como un conjunto vacío. A lo que habría que adicionar la posibilidad de que el franquiciante no haya logrado aceitar los mecanismos a fin de prestar la asistencia necesaria para el desarrollo de la franquicia y que, huérfano de ella, el franquiciado no haya sido capaz de hacer funcionar el Plan Negocial...”³⁵⁸; los franquiciados, erróneamente seleccionados, pueden convertirse en malos pilotos de cada franquicia y perjudicar al conjunto de franchising, convirtiéndolo en un negocio inviable; la conjunción de una serie de accidentes, con la insolvencia o quiebra de la compañía de seguros que acompañará a la franquicia, puede producir la quiebra de la propia cadena; la alteración de variables del mercado puede dejar al franquiciante sumergido en una situación de ahogo financiero a corto o mediano plazo.³⁵⁹

Kleidermacher explica: “Si la calidad *intuitu personae* del contrato en relación al contratante franquiciante fuere de toda evidencia, o si las condiciones del carácter *intuitu persone* estuvieran desarrolladas en cada contrato de franquicia en análisis, y si la gestión franquiciante fuere la única actividad desarrollada por la fallida, opinamos que en caso de quiebra la continuidad de la actividad empresaria resultará imposible y, por ende, los contratos de franquicia quedarán de jure resueltos. En cambio si estuviéramos en la hipótesis de una cadena de franchising no estructurada sobre la base de la calidad *intuitu personae* de los contratos, y si a ello adicionáramos elementos coyunturales de la propia empresa franquiciante que permitiera su administración por estructuras directivas independientes y ejecutivas...con la mantención inalterable de los otros factores

³⁵⁸ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 178

³⁵⁹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 62 y 63

de la empresa, entonces sí la continuación de la actividad empresarial fallida resultará ser imposible.”³⁶⁰

Una postura interesante resulta el permitir a los propios franquiciados, debidamente aglutinados y conformados, puedan presentarse ante la quiebra y ofrecer una solución de continuidad, donde se comprometen a hacerse cargo del management a partir de la experiencia y siempre y cuando ello fuere posible de acuerdo a las cualidades de franquichising en sí.

Así los franquiciados se estarían organizando en una nueva sociedad. “Esta solución no necesariamente debe pasar por una instancia final y traumática como es la compra de la empresa fallida, sino incluso podrá tener alternativas intermedias más sencillas a partir de la facilitación del acceso a terceros a formular propuestas concordatorias combinadas dentro de los plazos y en las condiciones pertinentes de las juntas de acreedores válidas en cada supuesto.”³⁶¹

b) La quiebra del franquiciado

Pues el marco normativo es idéntico; es decir, que una vez resuelta la declaración de quiebra, el contrato de franquicia, por tratarse de una relación de prestaciones de ejecución continuada, queda resuelto de derecho.

Es importante recalcar que el franquiciante debe apersonarse dentro del proceso de quiebra como acreedor.

³⁶⁰ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 176

³⁶¹ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 178

Algunos de los casos en que puede darse la quiebra del franquiciado son: por fallas del franquiciado al cometer errores en el seguimiento del Plan Negocial., se explica que todo error o desviación en este punto debiera ser detectado con cierta facilidad por el franquiciante a partir de un adecuado control de la actividad del franquiciado, "... es difícil que el franquiciado llegue a tal situación falencial, toda vez que la insolvencia es un proceso degenerativo, y producirán muchos signos antes de que el franquiciado alcance ese punto..."³⁶², de manera que ante los sucesivos incumplimientos que se irán produciendo, el franquiciante podrá optar por la aplicación de las pautas correctivas, por lo anterior se dice que si el franquiciado quebrara, ello sucedería en un momento post-resolución, cuando la franquicia como tal ya hubiera dejado de existir; el sufrimiento por parte del franquiciado de circunstancias graves sobrevinientes, como pueden ser accidentes, robos, pérdidas sin una adecuada cobertura de seguros³⁶³; "Las graves alteraciones de las circunstancias de mercado, que pueden ser diversas del central del franchising, en caso de franchising internacionales"³⁶⁴

Se ha intentado argumentar por parte de la doctrina la posible causa de ruptura anticipada del contrato es la no consecución de los objetivos de venta pretendidos.³⁶⁵ Por lo cual se debe tener en cuenta: quien inicialmente estableció los estudios de mercado pertinentes para llegar a la conclusión de que aquel negocio franquiciado podría realizar la cifra de ventas pre-establecida; que porcentaje de adecuación a todas y cada una de las normas que respetaron durante los ejercicios previos a la situación deficitaria creada; que posible

³⁶² MENDELSON citado por KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 178

³⁶³ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 179

³⁶⁴ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 179

³⁶⁵ FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 74

participación tuvo el franquiciado en ciertas variaciones sobre términos pactados.
366

Surge la pregunta sobre la continuidad del contrato. Si la franquicia representa un valor económico en sí misma, el administrador podrá intentar pugnar por la continuidad del negocio, ya sea para pagar sus pasivos concursales con el producto de explotación, ya sea para vender la empresa en marcha.

“El franquiciante, por su parte, optará siempre por bregar por la resolución del contrato. No sólo porque una franquicia fracasada es una pésima imagen para su negocio, sino porque realmente, y por lo general, los franquiciados revisten condiciones personalísimas en los contratos de franchising y con respecto a ellos el contrato tiene carácter de *intuitu personae*, lo que torna imposible concebir la relación de asistencia - control - colaboración con el carácter *tándem sídico* - masa de acreedores que una quiebra implica.”³⁶⁷

Marzorati explica que el contrato de franquicia al ser un contrato *intuitu personae*, “... debe necesariamente perecer en todos los casos ante imposibilidad de cualquiera de sus partes co-contratantes de continuar con las prestaciones personalísimas por cada una de ellas contraídas, lo que incluye el supuesto de quiebra”³⁶⁸.

De esta manera, nos encontramos con dos supuestos: en el primero, donde la calidad *intuitu personae* del contrato con relación al contratante franquiciante fuere del todo evidente, o sus condiciones estuvieran desarrolladas en cada

³⁶⁶ CASA Y CASABO citados por FLORES BEDOYA (Carolina), op. cit., p. 75

³⁶⁷ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 179

³⁶⁸ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 11

contrato, así como la actividad desarrollada, resultaría imposible la continuidad de la franquicia en caso de quiebra.

En el segundo supuesto sucede cuando: la cadena de franchising no estructurada sobre la base *intuitio personae*, adicionándole así elementos indispensables de la propia empresa y permitiendo su administración mediante estructuras directivas independientes y ejecutivas, con la mantención inalterable de otros factores de la empresa, la continuación de la actividad empresarial fallida resultaría posible.³⁶⁹

El autor Kleidermacher no comparte la característica de *intuitio personae*, que es considerada por la doctrina como esencial esto porque se trata en muchos casos de empresas complejas por la magnitud que se organizan a través de distintas variantes societarias, resultando de esta manera difícil encuadrar siempre los contratos entre ellas como *intuitio personae*. En estos casos, obviamente, estamos frente a personas jurídicas de calidades personales inexistentes, salvo que las partes decidan fijarlas contractualmente, definiendo lo que ellas deciden será *intuitio personae* en ese caso.³⁷⁰

³⁶⁹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 63

³⁷⁰ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 175

Sección III

Causas Justas de Extinción y Efectos de la Extinción del Contrato de Franchising

A) Causas Justas Extinción del Contrato de Franchising según la Ley N° 6209

La ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras de Costa Rica establece las causales de extinción del contrato en su articulado; esta legislación se aplica por analogía y no es una ley específica para el contrato de franquicia comercial

El artículo 4 de la ley mencionada, establece una lista de ocho causales que son consideradas justas para la terminación del contrato de representación y de manera analógica al de franchising, porque como se indicó con anterioridad el contrato de franquicia no se encuentra expresamente regulado en la presente ley, pero debido al vacío legal se aplica analógicamente para evitar la desprotección de dicha figura contractual.

“Artículo 4.- Son causas justas para la terminación del contrato de representación, distribución o fabricación, con responsabilidad para la casa extranjera:

a) Los delitos cometidos por personeros suyos contra la propiedad y el buen nombre del representante, distribuidor o fabricante.

b) La cesación de actividades de la casa extranjera, salvo que se deba a fuerza mayor.

c) Las restricciones injustificadas en las ventas, impuestas por la casa extranjera, que resulten en una reducción del volumen de las transacciones que efectuaba su representante, distribuidor o fabricante.

d) La falta de pago oportuno de las comisiones u honorarios devengados por el representante, distribuidor o fabricante.

e) El nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante, cuando los afectados han ejercido la representación, distribución o fabricación en forma exclusiva.

f) Toda modificación unilateral, introducida por la casa extranjera a su contrato de representación, distribución o fabricación, que lesione los derechos o intereses de su representante, distribuidor o fabricante.

g) Cualquier otra falta grave de la casa extranjera que lesione los derechos y obligaciones contractuales o legales que tiene con su representante, distribuidor o fabricante".

h) Cuando una casa extranjera cambie de domicilio, razón social, se transforme, se subdivida, cambie de objeto, lo mismo que se fusione contra o sea absorbida por otra no es causa de terminación del contrato de representación, agencia o distribución. La empresa con la cual se hubiere fusionado, la hubiese absorbido o haya sido autorizada para el uso de las marcas, responderá solidariamente hasta por el monto de la indemnización en los mismos términos, pudiendo por lo tanto el concesionario ejercer las mismas acciones que otorga esta ley contra las cuales se hubiese fusionado, la hubiese absorbido o contra cada una de las subdivisiones en que se hubiese desdoblado la empresa o recibido la autorización para el uso de la marca." ³⁷¹

De igual manera existen causas de extinción sin responsabilidad para el franquiciador de acuerdo con la misma ley, en las cuales incurre el representante,

³⁷¹ PEREZ VARGAS (V́ctor), op. cit., supra nota 119, p. 147 y 148

distribuidor o fabricante; las cuales se enumeran en el artículo 5 de la Ley N° 6209.

“Artículo 5º.- Son causas justas de terminación del contrato de representación, distribución, o fabricación, sin ninguna responsabilidad para la casa extranjera:

a) Los delitos contra la propiedad y el buen nombre de la casa extranjera, cometidos por el distribuidor o por el fabricante.

b) La ineptitud o negligencia del representante, distribuidor o fabricante declarada por uno de los jueces del domicilio de éste, así como la disminución o el estancamiento prolongado y sustancial de la ventas, por causas imputables al representante, distribuidor o fabricante. La fijación de cuotas o restricciones oficiales a la importación o venta del artículo o servicio, hará presumir la inexistencia del cargo en contra del representante, distribuidor o fabricante, salvo prueba en contrario.

c) La violación, por parte del representante, del distribuidor o del fabricante del secreto profesional y de fidelidad a la casa extranjera, mediante la revelación de hechos, conocimientos o técnicas concernientes a la organización, a los productos y al funcionamiento de la casa extranjera, adquiridos durante las relaciones comerciales con ésta.

d) Cualquier otra falta grave del representante, del distribuidor o del fabricante con respecto a sus deberes y obligaciones contractuales o legales con la casa extranjera.”³⁷²

³⁷² PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 119, p. 166 y 167

B) Efectos de la Extinción del Contrato de Franchising

La extinción del contrato de franquicia comercial además del efecto principal de eliminar el vínculo jurídico que existía entre las partes, es decir, de disolver el contrato de franchising y dejar sin efectos al mismo, tiene otros alcances en cuanto a temas como: el stock, la cláusula de no competencia, la cartera de clientes; los cuales se exponen a continuación.

En relación con el destino del stock, es necesario primeramente definir el stock como el conjunto de productos que poseen la marca, el emblema o el diseño del franquiciante. Si no existe una cláusula que prevea la devolución por parte del franquiciado al franquiciante de dicho stock a la hora de finalizar el contrato, la jurisprudencia extranjera indica que el franquiciador no tiene porque hacerse cargo del stock, “salvo que la terminación abrupta del contrato le sea imputable; en tal caso hay una obligación implícita”³⁷³

La doctrina francesa brinda una solución con base en una cláusula resolutoria tácita, que consiste en una obligación de recuperar el stock, donde se tiene que pagar una indemnización para compensar la pérdida del stock por parte del franquiciado. “El remedio consiste en autorizar al franquiciado a vender dicha mercadería por cierto período de tiempo o hasta que se acabe. Así, el franquiciado continúa usando la marca solo para vender su inventario de productos en el mercado.”³⁷⁴

Entonces cuando se termina la relación contractual y “...el contrato no prevé el destino que va a tener el mismo, cuando por rescisión anticipada o expiración del plazo, la relación contractual cae, se presenta el problema de que el

³⁷³ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 61

³⁷⁴ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 62

franquiciado se encuentra ante el inconveniente de mercaderías que responden a una marca, a la que ya es ajeno.”³⁷⁵

El autor Marzorati sostiene que la jurisprudencia extranjera ha considerado que el franquiciante no tiene la obligación de hacerse cargo del stock, salvo que la terminación del contrato, de la manera en que se da repentina, le sea imputable, en cuyo caso hay una obligación implícita. Sostiene, que las mercaderías sin vender son un riesgo aceptado por el franquiciado. De esta manera, en caso de que el contrato previera un stock mínimo de compra por parte del franquiciado, éste soportaría el riesgo hasta el límite.

Marta Chervin De Katz sostiene: “ante la inexistencia de la cláusula contractual que prevea las consecuencias, rigen principios generales para este tipo de acuerdos, que por ser de tracto sucesivo los efectos son ex nunc, es decir, solo para el futuro.”³⁷⁶

En cuanto a la cláusula de no competencia se establece que solo son admisibles si no se restringen, excesivamente, las actividades del franquiciado y si no exceden los legítimos intereses.³⁷⁷

Algunos autores entienden que una cláusula de no competencia a la expiración del contrato no sería aplicable si la resolución es causada injustificadamente por el franquiciante

En la práctica lo que sucede, es que el franquiciado debe devolver el manual operativo y la información proporcionada por su contra parte se suele

³⁷⁵ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p 75

³⁷⁶ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p 75

³⁷⁷ MARZORATI (Oswaldo), op. cit., p. 123

quedar con una copia de la documentación contractual y consciente que no la puede utilizar como tal porque la marca no le pertenece, la altera en su beneficio.³⁷⁸ De lo anterior la importancia de la cláusula de no competencia que debe subsistir a pesar de terminado el contrato de franchising pero por un tiempo, territorio limitados.

La cartera de clientes es otro de los temas que se deben tratar al terminar un contrato de franchising, ya que se debe determinarse si se tiene indemnizar la clientela o no al franquiciado.

El destino de la clientela y a quién pertenece es un buen punto a la hora de analizar los efectos de la terminación de los contratos de franquicia, "...en una cadena de franquicias, la clientela normalmente es del sistema y, excepcionalmente del franquiciado. Algunas veces puede estar dividida entre el franquiciante, el franquiciado y, en su caso, los subfranquiciados. Es por esta razón que los tribunales han tenido dificultades para reconocer, en los supuestos de rescisión, el derecho de una indemnización por clientela a los franquiciados, cuando fuera sin culpa de estos."³⁷⁹

En este aspecto la resolución opera teniendo en cuenta el caso concreto. Si la marca y el éxito de la cadena están impuestos, el cliente le compra a la franquicia, no a la persona del franquiciado, porque lo que le seduce es la marca, por lo que es cliente de la marca, que es lo que las personas perciben con sus sentidos.

Sin embargo, puede suceder el caso contrario ya que cuando se inició en un determinado territorio la franquicia que adquirió el franquiciado, no iba

³⁷⁸ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 63

³⁷⁹ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 63

acompañada de una marca o signo distintivo reconocido en ese territorio, sino que el éxito del negocio radica en el reconocimiento de la figura del franquiciado, se puede decir con autoridad que la clientela es del franquiciado, por tanto, tiene derecho a que se le indemnice en caso de terminarse el vínculo contractual.

Se recomienda "...que el franquiciante tenga un derecho de preferencia sobre el punto de venta, en cualquiera de los casos de extinción del contrato, con los fines de defender la marca. Ya que por más que al negocio se le quiten todos los signos distintivos, la clientela por costumbre sigue entrando en el mismo lugar."³⁸⁰

³⁸⁰ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p 77

Título Segundo

Revocación Unilateral del Contrato de Franquicia Comercial

En el presente apartado de este trabajo de investigación se analiza el instituto jurídico de la revocación unilateral en el contrato de Franquicia Comercial, para lo cual se realiza primeramente una conceptualización de la revocación contractual diferenciándola de otros institutos jurídicos con los que se ha solido confundir, como lo son la resolución, la rescisión y la invalidez. Es de suma relevancia entender que tanto la revocación como los otros institutos mencionados son tipos de ineficacia de un contrato, es decir, hacen que un contrato no produzca los efectos para los cuales se celebró.

La ineficacia contractual puede ser de dos tipos: la ineficacia inicial o intrínseca y la ineficacia posterior o extrínseca; es inicial cuando las causas que la originan se encuentran en la esencia y origen del negocio, como es el caso de la invalidez; es posterior cuando la ley o las partes quieren que ante la ocurrencia de determinadas circunstancias sobrevinientes se impidan sus efectos, son ejemplos de ineficacia sobrevenida: la resolución, la rescisión, la revocación.³⁸¹

Posterior a la conceptualización y diferenciación de los tipos de ineficacia, se define específicamente la revocación unilateral contractual y se estudia su aplicación y posibles efectos dentro del contrato de franchising en Costa Rica, analizando la responsabilidad de la parte que revoca unilateralmente el contrato de Franquicia Comercial, en este caso específico en análisis el franquiciante o franquiciador; para con su cocontratante, es decir, el franquiciado o franquiciatario; o para con terceros.

³⁸¹ CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.). El Negocio Jurídico. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992,p. 498

Capítulo I

Revocación de los Contratos

Sección I

Concepto de la Revocación Contractual

A) Definición de la Revocación Contractual

La revocación contractual es una de las causas típicas de ineficacia sobreviniente o extrínseca, que provoca la eliminación de los efectos que debería producir el contrato.

Es una de las manifestaciones de la ineficacia funcional. Como es sabido en un contrato se presupone la recíproca conveniencia entre las partes para que el mismo produzca sus efectos, cuando por voluntad de las partes queda sin efectos el contrato, se está ante una revocación contractual; la cual encuentra su fundamento sustancial en el juicio de valor formulado por los autores del negocio revocado, el cual demuestra que la programación negocial antes predispuesta ya no es conforme con sus intereses.³⁸² Debido a lo anterior, la revocación realizada por ambas partes no necesita un pronunciamiento judicial.

Se justifica jurídicamente la revocación por medio de la autonomía privada que dio vida al negocio, es decir, el acuerdo inicial de voluntades se ve disuelto por el consentimiento posterior contrario de las partes.³⁸³ Es una facultad legal

³⁸² VARRONE citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 363

³⁸³ LORETO citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 364

concedida a ciertas personas, para dejar sin efectos lo convenido, en virtud de su propia voluntad.³⁸⁴

Existen dos clases de revocación contractual: la expresa y la tácita; la primera es la presente manifiestamente en los términos del nuevo negocio jurídico que nace al momento en que las partes deciden dejar sin efectos el primer negocio pactado; y la segunda es en la cual no hay una manifestación expresa en dicho nuevo negocio jurídico.³⁸⁵

La revocación puede ser aplicable tanto a actos unilaterales (como un testamento o un poder) como a contratos, ya que consiste en la voluntad del sujeto contratante de retrotraerse de su manifestación anterior y así dejar sin efectos el acto o contrato.³⁸⁶ Pero existen negocios jurídicos que son irrevocables como por ejemplo: el reconocimiento de un hijo y la donación fuera de los casos que contempla la ley.³⁸⁷

³⁸⁴ CIFUENTES citado por CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 505 y 506

³⁸⁵ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 364

³⁸⁶ CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 506

³⁸⁷ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 364

B) Formas de Revocación Contractual

Además, de las clases de revocación contractual expresa y tácita ya explicadas anteriormente, existen diversos casos en que puede darse la revocación como lo es actos unilaterales y contratos, lo cual ya fue mencionado también, pero que se ampliará mayormente a continuación.

La revocación contractual es “un acuerdo de voluntades de las partes enderesado a dejar sin efecto la relación obligatoria, es una nueva convención que tiene por objeto declarar desuelta una relación jurídica anterior.”³⁸⁸ La misma puede ser bilateral o unilateral, es del primer tipo cuando se realiza un nuevo convenio entre ambas partes que tiene como fin la destrucción del primer convenio celebrado con anterioridad, es decir, extinguir la relación contractual, no requiere que las partes den ningún motivo especial diferente al de querer disolver el contrato, es conocido también como “rescisión convencional o amistosa”³⁸⁹; el producto del nuevo acuerdo es un contrato que debe reunir todos los requisitos de validez de los contratos.

La revocación bilateral o “por mutuo consentimiento puede celebrarse por lo general, en todos los contratos sinalagmáticos y a veces en los contratos unilaterales o sinalagmáticos imperfectos, incluso los reales siempre y cuando las partes tengan la capacidad necesarias para renunciar a los derechos en el estipulados”³⁹⁰

³⁸⁸ DIEZ PICAZO Y GULLON citados por JIMENEZ DURAN (Marelyn). La Rescisión Unilateral de los contratos, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987, p. 53

³⁸⁹ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 52

³⁹⁰ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 56 y 57

La revocación unilateral que es el segundo tipo mencionado de revocación contractual, consiste en la facultad que tiene una de las partes para dar por terminado un contrato o acto jurídico por su sola voluntad, esa potestad puede ser otorgada por la ley o por una convención de las partes.³⁹¹

En el caso de la revocación de un contrato, el consentimiento en el sentido contrario de lo antes convenido en el contrato celebrado debe ser mutuo, es decir, de ambas partes; o de una de las partes que este autorizada por ley o por un convenio realizado en el contrato.

La revocación de un acto unilateral se da por medio de la simple manifestación de voluntad contraria a lo dispuesto con anterioridad por parte de quien realizó el acto unilateral; usualmente esta potestad la otorga la ley, algunos ejemplos de esos casos son: el testamento, la donación, la estipulación a favor de un tercero, la oferta, entre otros.

³⁹¹ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 52

C) Efectos Jurídicos de la Revocación Contractual

Como se explicó anteriormente, la revocación contractual es una forma de ineficacia sobreviniente, por lo cual los efectos jurídicos de este instituto es dejar sin efectos al contrato que se revoca.

“La revocación tiene efectos siempre hacia el futuro, ya que no es retroactiva.”³⁹² Lo cual significa que los efectos del contrato que se hayan dado hasta el momento de la revocación se mantienen, y es a partir de la revocación que ya no producirá más efectos.

³⁹² SAVAT- ACUÑA ANZORENA citado por CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 507

Sección II

Diferencia con otras formas de Ineficacia Contractual

Los conceptos de invalidez, rescisión, resolución y revocación han sido confundidos a falta de precisión terminológica tanto a nivel doctrinal, legal como jurisprudencial, en el ámbito internacional y nacional.

Un ejemplo de esa imprecisión a nivel nacional es el artículo 836 del Código Civil Costarricense vigente, que se cita a continuación: “Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos: 1º.- Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular. 2º.- Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y 3º.- Cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces.” En esta norma el término nulidad y rescisión se equiparan a pesar de ser dos institutos jurídicos distintos.

En razón de esta confusión que se ha dado del instituto jurídico de la revocación con otros como la resolución, la rescisión y la invalidez, es que se considera de suma importancia realizar una delimitación de cada uno de estos institutos mencionados y una diferenciación con la revocación, que es el instituto objeto de la presente investigación, ya que posteriormente se pretende analizar qué ocurre cuando se aplica en el contrato de franquicia comercial o franchising una revocación unilateral ejercida por el franquiciador o franquiciante.

A) Resolución

La resolución es una forma de ineficacia sobreviniente, que consiste en "... invalidar y deshacer el vínculo obligatorio, dejando las cosas en el estado que tenían antes de celebrarse el mencionado contrato..."³⁹³ Se rompe el vínculo jurídico negocial en razón de algunas circunstancias que acontecen posterior a la celebración del negocio, como por ejemplo: el incumplimiento de alguna de las partes, el cumplimiento de la condición resolutoria, el hacer valer la teoría de la imprevisión o del pacto de retroventa.³⁹⁴

La resolución de un contrato se da al cumplirse ciertas circunstancias previstas en la ley o que las partes pactan en una cláusula del mismo contrato que se resuelve; estas circunstancias establecidas son por las cuales se permite la aplicación de este instituto.³⁹⁵ Entonces, es en razón de factores sobrevivientes, que pueden ser determinados por las partes mediante la denominada cláusula resolutoria, que es el caso de la resolución convencional; o por ley, que es el caso de la resolución legal, que se elimina la eficacia del contrato.³⁹⁶

Existen diversos tipos de resolución, a saber: resolución por imposibilidad sobreviniente, resolución por excesiva onerosidad sobreviniente y resolución por incumplimiento.

³⁹³ CASAFONT ROMERO (Pablo). Ensayos de Derecho Contractual. Editorial Colegio de Abogados, Segunda Edición, San José, Costa Rica, 1979, p. 19 y 20

³⁹⁴ ZANNONI citado por CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 507

³⁹⁵ CASAFONT ROMERO (Pablo), op. cit., p. 17

³⁹⁶ MESSINEO citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 367

Una característica importante y diferenciadora de la resolución, es su efecto retroactivo, lo cual significa que debe retornarse al estado anterior en que se encontraban las partes antes de celebrar el contrato, con la excepción de los contratos de duración o de ejecución sucesiva en los que los efectos ya producidos al momento de la resolución del contrato no se perturban.

Es de suma relevancia recordar que el negocio o contrato que se resuelve es válido, lo cual significa que al momento de nacer dicho contrato no existe ninguna circunstancia que lo haga ineficaz, sino que son hechos posteriores los que originan la ineficacia sobreviniente definitiva del mismo.³⁹⁷

En el plano internacional del Derecho Comercial, la UNIDROIT en el artículo 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004 establece el derecho a resolver los contratos así: “Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial”³⁹⁸, el incumplimiento es considerado esencial según la misma norma tomando en cuenta los siguientes factores: “(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.”³⁹⁹

³⁹⁷ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 316

³⁹⁸ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT). Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Roma, Italia, 1994. p 22 y 23

³⁹⁹ Ibidem supra nota 398

El mismo artículo 7.3.1 indica otro supuesto en que se puede resolver el contrato, que es en “caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido...”⁴⁰⁰ en este mismo cuerpo normativo. Además, puede resolverse el contrato si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial, esto según el artículo 7.3.3.

La forma en que debe realizarse la resolución contractual según los Principios de la UNIDROIT ya mencionados supra, es mediante una notificación a la otra parte.

Los efectos generales que puede tener la resolución contractual, según esta normativa internacional en la materia en cuestión, son según el artículo 7.3.5: “(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras. (2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. (3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.”⁴⁰¹

En razón del efecto retroactivo ya expuesto de este instituto, en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004, específicamente en el numeral 7.3.6 se establece que al resolverse el contrato cada parte tiene el derecho de solicitar a su contraparte la restitución de lo que haya entregado en virtud del contrato ya sea en especie o en forma de compensación dineraria. Este derecho de restitución tiene una excepción en los casos de contratos con obligaciones divisibles que se cumplen durante algún

⁴⁰⁰ Ibidem supra nota

⁴⁰¹ Ibidem supra nota

tiempo, en este tipo de contratos sólo se puede reclamar la restitución para el período posterior al efecto de la resolución del contrato.

En el ámbito nacional la resolución se encuentra regulada en el Código Civil, específicamente en el artículo 692, que se cita a continuación: “En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios.”⁴⁰²

La norma anterior del ordenamiento jurídico nacional debe interpretarse entendiendo que quien tiene derecho a solicitar la resolución del contrato es la parte que no haya incumplido, pero que es un derecho opcional ya que existe la alternativa de solicitar el cumplimiento forzoso de la prestación del incumpliente.

Ahora bien, si la parte no incumpliente decide resolver el contrato puede solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios, según la misma norma del Código Civil. Este resarcimiento de daños y perjuicios cabe siempre y cuando la falta de cumplimiento es en alguna forma imputable al obligado.⁴⁰³

Y la finalidad del derecho de resolución, en materia contractual, es que un convenio celebrado eficazmente sea considerado como no concluido en razón de un incumplimiento voluntario e imputable a una de las partes que convino el contrato que se resuelve. En virtud del ejercicio de tal derecho opcional de resolver el contrato, que tiene la parte no incumpliente como se explicó ya, se extingue la relación obligatoria o el vínculo jurídico entre las partes con efecto

⁴⁰² **Código Civil**, N° 63 del 28 de setiembre de 1887, art. 692.

⁴⁰³ BRENES CORDOBA (Alberto). Tratado de la Obligaciones. Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 1977, p. 189

retroactivo, con sus consecuencias restitutorias y de resarcimiento, al caducar el contrato.⁴⁰⁴

En síntesis, la resolución "... puede conceptualizarse como el medio con el cual una de las partes, por el sobrevenir de un hecho externo que perturba el desarrollo normal de la relación, puede provocar la cesación de la eficacia..."⁴⁰⁵ El fundamento de este instituto jurídico se encuentra en el sobrevenir de una situación de hecho que afecta directamente la funcionalidad del negocio jurídico y elimina la eficacia del mismo, es decir, suspende sus efectos; es por lo anterior una de las formas de la ineficacia funcional.

Se diferencia la resolución de la revocación en que la primera a pesar de ser una forma de ineficacia sobreviniente y funcional como la segunda, se da en razón de hechos posteriores a la celebración del contrato ajenos a la parte que resuelve el negocio, en cambio la revocación se produce por la voluntad contraria a lo acordado en el contrato celebrado que se revoca que manifiestan las partes.

Otro punto en que se distinguen estos dos institutos jurídicos consiste en que la resolución tiene en principio efectos retroactivos, en cambio la revocación sólo tiene efectos hacia futuro. En la resolución se puede exigir que todo vuelva al estado en que estaba antes de celebrarse el contrato que se resuelve, además de evitar que tenga efectos a futuro. En la revocación solamente se elimina los efectos que tendría el contrato hacia el futuro, es decir, luego de darse la revocación del mismo.

⁴⁰⁴ CASAFONT ROMERO (Pablo), op. cit., p. 17

⁴⁰⁵ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 366

B) Rescisión

Como ya se ha dicho, existe vaguedad terminológica con respecto a este instituto jurídico llamado rescisión, el cual es una forma de ineficacia de los contratos. Semánticamente rescisión significa dejar sin efectos un contrato o una obligación.

Un ejemplo de esta inexactitud conceptual se encuentra en la definición que dio el profesor Casafont Romero al expresar lo siguiente: "...la rescisión es invalidez fundada únicamente en el concepto de lesión o perjuicio..."⁴⁰⁶ A continuación se pretende definir el instituto y diferenciarlo con la revocación contractual.

Hay que tener claro que la rescisión incide sobre la eficacia del contrato o negocio que fue formado válidamente, pero que a consecuencia de la producción de un perjuicio o lesión a los intereses de una de las partes se declara ineficaz, por lo tanto, existe una ineficacia sucesiva.

Es decir, se trata de contratos que son válidos en su celebración, pero se otorga el remedio de la rescisión para evitar resultados injustos⁴⁰⁷ como lo es el aprovechamiento indebido de las condiciones de necesidad o de peligro para obtener una desproporción entre las prestaciones. Entonces, "...la rescisión siempre se ha tomado como medio de reparar una lesión patrimonial..."⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ CASAFONT ROMERO (Pablo), op. cit., p.19

⁴⁰⁷ CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 501-503

⁴⁰⁸ BRENES CORDOBA (Alberto), op. cit., supra nota 403, p. 189

En el artículo 3.10 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004, se establece la excesiva desproporción que puede darse cuando al momento de la celebración del contrato se otorga una ventaja excesiva a una de las partes, por factores como: “(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato.”⁴⁰⁹ Pero se evidencia una vez más el equívoco terminológico con respecto a la rescisión, ya que en este cuerpo normativo se ve esa excesiva desproporción como un supuesto de anulabilidad de un contrato.

La rescisión no es una forma de invalidez del contrato, es una forma de ineficacia funcional del contrato, al igual que la revocación y la resolución; pero la patología se encuentra en la lesión o perjuicio en los intereses que las partes perseguían al celebrar el contrato que se rescinde.⁴¹⁰

Esa lesión o perjuicio de los intereses de una de las partes contratantes, se produce por una “grave desproporción entre las prestaciones (realizadas o prometidas), cuando derive de un estado de peligro notorio para la otra parte o de un estado de necesidad del que esa parte se hubiere aprovechado”⁴¹¹, en el caso de la rescisión al momento de celebrarse el contrato la voluntad se formó regularmente, pero surge una lesión por motivo de la desproporción mencionada.

El estado de peligro, que puede ocasionar la desproporción de las prestaciones y la lesión de los intereses de una de las partes contratantes, “se

⁴⁰⁹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 9-12

⁴¹⁰ FRANCESCHELLI citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 316

⁴¹¹ BETTI citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 364 y 365

presenta cuando una de las partes ha asumido obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad de salvarse o salvar a otros del peligro actual de un daño grave en la persona.”⁴¹²

El estado de necesidad, que puede dar lugar a la rescisión por lesión de los intereses de una de las partes, se produce cuando “hay desproporción entre la prestación de una parte y la de otra y la desproporción depende del estado de necesidad de una de las partes del cual la otra se haya aprovechado para obtener la ventaja”⁴¹³

Lo que se pretende tutelar con la rescisión por lesión, tanto en el supuesto del estado de necesidad como del estado de peligro, es que se mantenga el equilibrio de interés, con referencia al momento constitutivo del contrato, cuando hay desequilibrio y se produce la lesión es permitido declarar la rescisión y dejar sin efectos el mismo, porque existe una desproporción de las prestaciones.

Existe una clasificación de este instituto jurídico de la rescisión según los autores franceses modernos en tres tipos: “a) unilateral prevista en la convención, b) la judicial, y c) la legal o forzosa...”⁴¹⁴ En esta clasificación se toma la rescisión en su significado semántico, es decir, como un medio para dejar sin efectos un contrato.

El primer tipo llamado rescisión unilateral se da cuando una de las partes por su propia voluntad pone fin al contrato, con la simple declaración o manifestación de esa voluntad, esto en razón de que existe una convención previa

⁴¹² PUGLIATTI citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 365

⁴¹³ PUGLIATTI citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 365

⁴¹⁴ MAZEAUD citado por CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 503

hecha por las partes en el contrato, mediante una cláusula especial que establece un término extintivo, es decir, un acontecimiento futuro pero cierto que determina la disolución del vínculo jurídico. De no existir esa convención entre las partes, la parte que sufre la rescisión podría exigir el cumplimiento forzoso de la prestación o la indemnización de daños y perjuicios.⁴¹⁵

Existe a la par de la rescisión unilateral la bilateral, que también es voluntad común de las partes, pero esta rescisión bilateral puede ser manifestada en el mismo momento de rescindir el contrato o puede ser producto de un convenio previo.⁴¹⁶ En este tipo de rescisión tiene que ser pedido el consentimiento de la otra parte para poder hacer valer el derecho.

El segundo tipo de rescisión según la clasificación francesa es la judicial, que consiste en las situaciones en las que el juez puede modificar los términos en que se celebró el contrato o extinguir el mismo; cuando lo extingue se da la rescisión judicial.

La terminación del contrato o de las obligaciones por medio de la rescisión judicial se da cuando no pueden mantenerse más porque su cumplimiento provocaría un perjuicio a alguna de las partes.⁴¹⁷

El tercer tipo de rescisión según la doctrina francesa moderna es conocida como legal, es en la cual el legislador modifica las prestaciones fijadas por el contrato, provocando así la rescisión forzosa; llamada también rescisión convencional tácita.

⁴¹⁵ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 62-64

⁴¹⁶ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 62-64

⁴¹⁷ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 61 y 62

Lo que ocurre en la rescisión legal es que desaparece uno de los elementos esenciales de la formación del contrato después de celebrado éste, por lo que un contrato de tipo sucesivo se puede tornar imposible de cumplir, y por ello se modifica o extingue automáticamente el contrato mediante leyes previamente establecidas; pero persiste la obligación de resarcir los daños y perjuicios o cualquier otro tipo de responsabilidad contractual. Un ejemplo de la desaparición de un elemento esencial que produce la rescisión en un contrato, es el caso de los contratos concluidos *intuitus personae* cuando se da la muerte de la persona contratante.⁴¹⁸

A diferencia de la doctrina francesa moderna, en el derecho italiano la rescisión está íntimamente vinculada con la teoría de la lesión, en un sentido amplio. En razón de lo anterior es que la acción de rescisión de un contrato "...se otorga a favor de la parte perjudicada en los contratos onerosos y de prestaciones recíprocas ante la desproporción de éstas..."⁴¹⁹

La diferencia entre la rescisión y la revocación consiste en los distintos factores que producen la ineficacia sobreviniente que ambos institutos jurídicos tienen como efecto, en el caso de la rescisión es la lesión de los intereses de una de las partes en razón de la desproporción que se da entre las prestaciones recíprocas de las partes contratantes, a consecuencia del provecho que tomó una de las partes del estado de necesidad o del estado de peligro en que se encontraba la otra parte al momento de celebrar el contrato; y en el caso de la revocación es una cuestión de voluntad contraria con respecto al contrato previamente celebrado que manifiestan las partes contratantes, es una cuestión que recae en el tema de la autonomía privada y de la libertad de contratación. Por lo tanto, la rescisión es producto de un desequilibrio en los intereses de las partes

⁴¹⁸ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 60 y 61

⁴¹⁹ BETTI citado por CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 504

mientras que la revocación es un cambio en el interés que las partes tuvieron al momento de realizar el contrato.

A) Invalidez

Antes de conceptualizar el instituto jurídico de la invalidez, es relevante explicar lo siguiente: cuando un comportamiento es conforme a la regla se da una apreciación positiva, pero cuando un comportamiento no es conforme a la regla o es divergente con el esquema normativo se da una apreciación o calificación negativa.

Relacionando lo anterior con los contratos, se dice que un contrato es válido cuando se celebra cumpliendo con todos los requisitos que la ley establece para dicho contrato, porque “válido es el comportamiento que proyecta intereses que son valorados positivamente...”⁴²⁰ dentro de un Ordenamiento Jurídico. Por otro lado, en un contrato “...la invalidez presupone un juicio de disvalor del Ordenamiento respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses que no son dignos de tutela.”⁴²¹

En el Derecho Romano la invalidez consistía únicamente en una insubsistencia del acto o negocio jurídico producto de la ausencia de algún requisito de forma que era obligatorio para ese acto o negocio jurídico específico, según la ley.⁴²²

Actualmente a un nivel nacional, la invalidez de un contrato “...deriva de la inobservancia de los requisitos formales y sustanciales predeterminados en los esquemas legales e incide exclusivamente sobre los efectos jurídicos”⁴²³, es decir,

⁴²⁰ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 314

⁴²¹ TOMMASINI citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 306

⁴²² BRENES CORDOBA (Alberto), op. cit., supra nota 403, p.188

⁴²³ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 315

un contrato es inválido porque al celebrarse el mismo están ausentes o viciados los elementos esenciales preestablecidos legalmente para el contrato en cuestión, por lo que ese contrato no puede tener eficacia, esta ineficacia es inicial o intrínseca porque es desde el momento en que nace o se forma el contrato.

Algunos ejemplos de situaciones que producen esta patología originaria o invalidez son: dolo o error negocial, falta de legitimación o falta de causa justa, por citar algunos.⁴²⁴

La invalidez puede ser clasificada de diversas formas, a continuación se ampliarán dos de las posibles categorizaciones, a saber la que divide la invalidez en dos tipos negocio nulo o nulidad y negocio anulable o anulabilidad; y la que divide las nulidades como absolutas y relativas.

El negocio jurídico inválido puede ser nulo o anulable dependiendo de la gravedad del vicio que la origine, para ambos tipos de invalidez existen normas que los regulan en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.

Un negocio o contrato es nulo cuando uno de los elementos esenciales para la formación del mismo está ausente al momento de celebrarse el contrato; o cuando este negocio o contrato es contrario a normas legales imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.⁴²⁵ Y es en consecuencia de ese defecto genético e intrínseco que es ineficaz, y de la ineficacia de mayor grado que se encuentra en la estructura del negocio⁴²⁶. Por lo tanto, el negocio nulo es ineficaz desde el origen del mismo.

⁴²⁴ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 378

⁴²⁵ FRANCESCHELLI citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p.323

⁴²⁶ CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 508

En el Ordenamiento Nacional se regula la nulidad en el artículo 835 del Código Civil, que establece tres supuestos por los cuales un contrato es nulo, los cuales se citan a continuación: “1º.- Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia. 2º.- Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige que en ellos interviene. 3º.- Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces.”⁴²⁷

El contrato nulo está privado de efectos tanto para las partes contratantes como para terceros, y cualquiera de los anteriores sujetos puede ejercer la acción y solicitar la declaración de la nulidad, pero la misma puede declararse de oficio por un juez sin necesidad de la acción de uno de los sujetos ya mencionados. Así lo establece a nivel nacional el Código Civil en el numeral 837.

Además de no producir efectos, en doctrina se entiende que el contrato nulo no está sujeto a prescripción y no puede ser convalidado. El artículo 837 del cuerpo normativo ya citado indica al respecto lo siguiente: “...no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso menor que el que se exige para la prescripción ordinaria.”⁴²⁸ Entonces en el ámbito nacional el contrato nulo sí puede convalidarse, cuando trascurren 10 años que es el término de la prescripción ordinaria, sin declararse la nulidad.

Un negocio o contrato es anulable cuando “...se encuentra viciado en uno de sus elementos esenciales o en uno de los presupuestos necesarios para su constitución.”⁴²⁹ Los presupuestos por los cuales es anulable un contrato según el Código Civil Costarricense se encuentran en el numeral 836, y son: “1º.- Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es

⁴²⁷ **Código Civil**, N° 63 del 28 de setiembre de 1887, art. 835.

⁴²⁸ **Código Civil**, N° 63 del 28 de setiembre de 1887, art. 837.

⁴²⁹ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p.334

imperfecta o irregular. 2º.- Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y 3º.- Cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces.”⁴³⁰

Pueden dividirse los casos de anulabilidad en tres categorías, que son los siguientes: anulabilidad por incapacidad de actuar del sujeto cuando ésta es relativa o bien por incapacidad natural; anulabilidad por deficiencia de requisitos legales exigidos en interés de las partes; y anulabilidad por vicios del consentimiento.⁴³¹

Es eficaz el contrato anulable hasta que se declara judicialmente la anulación del mismo, la cual debe ser declarada por medio de una sentencia constitutiva. Por lo tanto, tiene una validez provisional o potencial, pero luego de su impugnación, y una vez declarada la anulación, tiene equivalencia con el contrato nulo.⁴³²

La anulabilidad requiere para ser declarada que se alegue por la o las personas facultadas para ejercer la acción anulatoria, esta acción es una reacción jurídica contra la inobservancia de disposiciones legales preceptivas o prohibitivas.⁴³³ No puede declararse de oficio como la nulidad. Así está regulado en el artículo 838 del Código Civil Costarricense.

En los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004, se establece que para anular un contrato es necesario realizar la notificación a la otra parte, dentro de un plazo razonable luego del

⁴³⁰ **Código Civil**, N° 63 del 28 de setiembre de 1887, art. 836.

⁴³¹ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p.336

⁴³² CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 526 y 527

⁴³³ BRENES CORDOBA (Alberto), op. cit., supra nota 403, p. 189

conocimiento de la parte impugnante de los hechos por los cuales ejerce el derecho de anulación.⁴³⁴

Lo anterior porque el vicio en la formación es un tipo de invalidez "...dirigida a la protección de un determinado sujeto... únicamente él puede alegarla, y así mismo puede optar por convalidar el contrato anulable mediante su confirmación."⁴³⁵ La convalidación es una de las formas en que puede subsanarse un contrato anulable, otra de las formas es la prescripción. Lo anterior está establecido en el numeral 838 del Código Civil costarricense.

En el ámbito internacional se establece la confirmación como una forma de exclusión de la anulación de un contrato, en el artículo 3.12 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004, que establece que puede confirmarse por la parte que tenga facultad para anularlo de manera expresa o tácita.⁴³⁶

Los artículos 1015 hasta el 1021 del Código Civil costarricense; establecen los casos de error, fuerza o miedo grave, y dolo que producen la anulabilidad de un contrato, a nivel nacional.

A nivel internacional en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004, en los artículos 3.4 al 3.11 se tratan supuestos de anulabilidad. Se define el error que produce que un contrato sea anulable como "...la concepción equívoca sobre los hechos o sobre el derecho

⁴³⁴ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 9-12

⁴³⁵ LA CRUZ citado por PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 335

⁴³⁶ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 9-12

existente al momento en que se celebró el contrato...”⁴³⁷, y que de haber sido conocida la realidad de las cosas no se habría contratado, pero hay dos excepciones en las cuales no puede anularse el contrato por una de las parte: “(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o (b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.”⁴³⁸ El dolo que puede dar lugar a la anulación consiste en inducir a celebrar un contrato a una parte mediante maniobras dolosas de la otra parte, las cuales pueden incluir acciones u omisiones. La intimidación faculta a una parte a anular un contrato “si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual...fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable.”⁴³⁹ El contrato puede ser anulado también cuando el error, dolo o intimidación puedan ser imputados a un tercero, de cuyos actos sea o no responsable la otra parte que no interpone la acción anulatoria, pero que conoció o debió conocer esta otra parte.

La anulación de un contrato puede ser parcial o total. En los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004, se habla de anulación parcial, la cual consiste en la invalidez únicamente de una o algunas cláusulas del contrato, que no hacen imposible la conservación del resto del contrato.⁴⁴⁰

⁴³⁷ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 9-12

⁴³⁸ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 9-12

⁴³⁹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 9-12

⁴⁴⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 9-12

Según esa misma normativa citada anteriormente, la anulación tiene efectos retroactivos, por lo que las partes pueden pedir la restitución de lo entregado conforme al contrato, ya sea en especie o por media de compensación adecuada. Y la parte que conoció o debió conocer la causa de anulación debe resarcir los daños y perjuicios causados.⁴⁴¹

La otra clasificación que se analiza es una que se haya bastante extendida, la que distingue entre nulidades absolutas y relativas, distinción que depende de su condición más o menos grave.⁴⁴² La nulidad absoluta se da por falta o ausencia de elementos constitutivos y la relativa por vicios o defectos en la formación del contrato.⁴⁴³

La nulidad es absoluta cuando hay contradicción entre el contrato y las normas de orden público o la moral y las buenas costumbres, o bien afecta al interés general. El negocio jurídico es inválido de pleno derecho cuando existe nulidad absoluta, por lo que el pronunciamiento judicial es meramente declarativo y no constitutivo; y puede el contrato absolutamente nulo ser impugnado por cualquier persona con interés legítimo o ser declarado de oficio por el juez. No existe la posibilidad de sanear el contrato de la nulidad, la acción de nulidad cual es imprescriptible.⁴⁴⁴

La nulidad es relativa o de menor grado, cuando no se cumple con normas supletorias y generalmente el vicio no afecta, ni altera los intereses sociales generales. Se aplica teniendo en cuenta el interés individual, por lo cual la legitimación para impugnar el contrato se otorga a determinadas personas, no es

⁴⁴¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 9-12

⁴⁴² BRENES CORDOBA (Alberto), op. cit., supra nota 403, p.190

⁴⁴³ CASAFONT ROMERO (Pablo), op. cit., p.19

⁴⁴⁴ CARIOTA FERRARA citado por CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 527

tan amplia como la legitimación en la nulidad absoluta, y no puede ser declarada de oficio; por lo tanto la nulidad relativa puede ser solicitada únicamente por quien se vio perjudicado.⁴⁴⁵

Se puede distinguir la invalidez de la revocación en lo siguiente: primeramente, son dos tipos distintos de ineficacia, la invalidez de un contrato es de tipo inicial o intrínseca y la revocación es del tipo sobreviniente o extrínseca, lo cual significa que la eliminación de los efectos del contrato en el caso de la invalidez se da por un factor que está presente desde el inicio del contrato, desde su formación, mientras que en el caso de la revocación es posterior a la celebración del contrato cuando las partes manifiestan la voluntad contraria a lo contratado y deciden terminar el mismo. Por otro lado, los efectos jurídicos para la invalidez son retroactivos al momento de la celebración del contrato, es decir, el contrato no podía producir efectos desde el momento en que nació, pero si llegó a producirlos por no haberse declarado la nulidad o por no haberse dictado sentencia constitutiva de anulación, debe al momento de existir el pronunciamiento judicial devolverse todo al estado en que encontraban las partes antes de celebrarse el contrato nulo o anulado; en cambio los efectos jurídicos para un contrato revocado sólo aplican hacia el futuro, es decir, luego de realizarse la revocación y no en forma retroactiva.

⁴⁴⁵ CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.), op. cit., p. 534 y 535

Capítulo II

Revocación Unilateral de los Contratos

En el Capítulo IV del Título I se estudiaron las causas por las cuales se puede extinguir el contrato de franquicia comercial, una de ellas es la revocación del contrato. Y en el Capítulo I del Título II se realizó una delimitación de distintos institutos jurídicos que extinguen un contrato y producen su ineficacia. En el presente capítulo se pretende analizar una de las formas de terminación de los contratos que produce la ineficacia de los mismos, la revocación unilateral, específicamente cuando se presenta en el contrato de franquicia comercial; que es el objeto de la actual investigación.

Como se indicó anteriormente, la revocación contractual deriva del principio de autonomía privada o autonomía de la voluntad, que es “la fuerza capaz de crear o extinguir vínculos jurídicos”⁴⁴⁶ que tienen las partes; y también se demostró que la revocación es una de las formas típicas de extinción de un contrato o acto jurídico, por medio del cual se retira la voluntad expresa del autor o de las partes, ya que es una forma típica de ineficacia sobreviviente, la cual tiene efectos hacia futuro por no ser retroactiva.

La revocación contractual debido a la imprecisión terminológica de la cual se habló en el capítulo anterior es llamada, por muchos autores e inclusive en diversas legislaciones, rescisión voluntaria, porque se toma el vocablo rescisión en el sentido semántico amplio que ya se analizó con anterioridad, por el cual se entiende que la rescisión es dejar sin efectos un contrato.

⁴⁴⁶ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 51

En principio la revocación contractual voluntaria requiere la celebración de una convención extintiva entre quienes fueron partes, pero existen dos excepciones a ese principio: la ley o una convención, por medio de las cuales se le concede a una de las partes “el derecho potestativo para rescindir unilateralmente ciertos contratos...”⁴⁴⁷ y por supuesto extinguir el contrato.

Entonces la revocación voluntaria de los contratos puede ser de dos formas: bilateral o unilateral. La revocación bilateral es cuando se extingue el contrato y sus efectos por medio del consentimiento de ambas partes que manifiestan en un nuevo contrato; se conoce también como convencional o amistosa. Por otro lado, la revocación unilateral es la que se realiza por la simple declaración de voluntad unilateral de una de las partes que celebró el contrato que se revoca.⁴⁴⁸

La revocación unilateral, es un tipo específico de revocación, la cual puede ser entendida como el acto unilateral de la voluntad de una de las partes contratante por medio de la cual se rompe con el vínculo contractual pactado con anterioridad; aclarado lo anterior se procederá a analizar la revocación unilateral que realiza el franquiciante o franquiciador en el contrato de franquicia comercial, se estudiarán aspectos como: los casos en que lleva a cabo la revocación unilateral y en cuales de estos casos puede llegar a tener responsabilidad frente al franquiciado o franquiciatario, o frente a terceros; y las posibles indemnizaciones que tenga que sufragar el franquiciador o franquiciante.

⁴⁴⁷ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 51 y 52

⁴⁴⁸ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 52

Sección I

Concepto de Revocación Unilateral Contractual

A) Definición y Efectos

La revocación unilateral de los contratos es un tipo de revocación voluntaria, la cual puede darse tanto en contratos como en actos unilaterales; interesa en la presente investigación la revocación unilateral de los contratos la cual consiste en “la posibilidad que tiene una de las partes de ponerle fin, por su sola voluntad, al vínculo contractual que la obliga a realizar determinada prestación... este derecho puede tener su origen en la ley o bien, en un acuerdo celebrado por las partes.”⁴⁴⁹

Según el profesor Víctor Pérez, catedrático de la Universidad de Costa Rica, se entiende como fundamento de la revocación el juicio de valor formulado por el mismo autor del acto revocado, con este juicio se demuestra que la programación negocial predispuesta no es conforme a sus intereses.⁴⁵⁰

El contrato que se destruye por medio de la revocación unilateral que hace una de las partes que había celebrado ese contrato, tuvo plena validez y existencia jurídica hasta el momento de la revocación, por lo cual el mismo produjo efectos desde su perfeccionamiento hasta su extinción consecuencia del acto sobreviniente de la parte que manifestó su voluntad de deshacer el vínculo contractual.

⁴⁴⁹ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 176

⁴⁵⁰ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 345

En cuanto a los efectos de la revocación contractual unilateral, instituto jurídico que se analiza, el principal es ocasionar la insubsistencia de un contrato, romper el vínculo jurídico que existe entre las partes, es decir, hacer desaparecer el contrato a partir de ese momento; y por lo tanto dejar el mismo sin efectos hacia futuro, ya que “no puede destruir ni modificar los efectos producidos por el contrato, pues si bien es cierto que ella puede extinguir las obligaciones creadas o retirar los derechos reales transferidos, no puede volver sobre lo pasado y hacer que estas obligaciones o estos derechos no hayan existido”⁴⁵¹, lo anterior en razón de lo explicado sobre la validez que tuvo el contrato desde su nacimiento hasta su extinción.

B) Contratos susceptibles de Revocación Unilateral

Como se explicó previamente la revocación unilateral es un derecho que se concede a una o ambas partes de un acto o negocio jurídico, el mismo puede ser otorgado por la ley o por convención de las partes contratantes, la cual introducen en el contrato.

Algunos de los casos en que se faculta legalmente a una parte a revocar unilateralmente son los siguientes:

1) Testamento

Este acto unilateral del testador puede ser revocado por parte del mismo, según los artículos 621 y siguientes del Código Civil costarricense. Puede conforme a la normativa vigente ya mencionada el testador de forma libre revocar

⁴⁵¹ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 176 y 177

su testamento de forma total o parcial, con el simple hecho de otorgar un testamento posterior que contradiga en todo o parte al anterior.

Lo que ocurre con la revocación de un testamento es que antes del momento de la eficacia del mismo se le impide la producción de sus efectos, es decir, se hace ineficaz; puede ser realizada la revocación de forma expresa o tácita en el testamento posterior.

Este derecho del testador a revocar su propio testamento no es absoluto ya que existen cláusulas que son irrevocables, como por ejemplo: el reconocimiento de un hijo.

Así como el testador no puede renunciar a su derecho de revocar su testamento, el testamento tiene como condición necesaria la revocabilidad, ya que por la especie de acto que es, el disponente goza de entera libertad para modificar o suprimir sus disposiciones mientras viva.⁴⁵²

2) Donación

En la donación con la revocación se produce una ineficacia sobreviniente, porque el negocio es válido pero se ve privado de eficacia o efectos por medio del ejercicio de la potestad unilateral de revocarlo que tiene el donante.⁴⁵³

Este tema se trata en los numerales 1405, 1406 y 1407 del Código Civil costarricense, el primero de los artículos indica que una vez aceptada la donación

⁴⁵² BRENES CORDOBA (Alberto). Tratado de los Bienes. Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1963, p. 312

⁴⁵³ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 363

el donador sólo puede revocarla por ingratitud en los siguientes casos: “1º.- Si el donatario comete alguna ofensa grave contra la persona u honra del donador, sus padres, consorte o hijos. 2º.- Si el donatario acusa o denuncia al donador, su consorte, padres o hijos.”⁴⁵⁴ Los otros artículos expresan que se debe restituir lo donado al donador o el valor equivalente si se ha enajenado lo donado; que los frutos percibidos hasta la revocación son del donatario; que no perjudica la revocación las hipotecas o cargas reales que haya realizado el donatario sobre lo donado.

Esta normativa establece igualmente que no puede renunciarse anticipadamente la acción de revocación y que esta acción prescribe en un año desde el hecho que motiva la misma o desde que el donador tiene noticia del hecho.

3) Mandato

“En razón de que el contrato de mandato es un pacto de confianza se considera que está en su esencia poder ser revocado por quien lo otorga y renunciado por el que lo acepta...”⁴⁵⁵

El mandante tiene la facultad de ponerle fin al contrato de mandato cuando bien le parezca, lo anterior debido a que la base de este contrato es una relación de confianza, por lo cual si la confianza desaparece, debe concedérsele al mandante la potestad de retirarla en virtud del aforismo: *finita voluntas finitum est mandatum*.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ **Código Civil**, N° 63 del 28 de setiembre de 1887, arts. 1405-1407.

⁴⁵⁵ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 77.

⁴⁵⁶ PLANIOL y RIPERT citados por JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 80

La revocación del mandato existe tanto para el mandato mercantil como para el civil. Puede revocarse el contrato de mandato de forma expresa o tácita, es revocación expresa cuando el mandante da a conocer al mandatario su voluntad de poner término al mandato y es revocación tácita cuando se produce por la realización de ciertos hechos, que denoten el cambio de voluntad del mandante.

La revocación opera de pleno derecho, es decir, no es necesario acudir a los tribunales, pero surte sus efectos frente al mandatario a partir del momento en que este tenga noticia por cualquier medio de este acto.⁴⁵⁷

La norma de la legislación costarricense que determina que la revocación es una forma de terminar con el contrato de mandato, es el artículo 1278 inciso 3° del Código Civil.

En los siguientes artículos del Código Civil se indican aspectos como: si el mandato fue por escrito debe devolverse el documento al revocarse el contrato de mandato; si un mandato fue hecho para un acto o negocio determinado y se otorga otro posterior para el mismo acto o negocio, este último mandato revoca el primero; que los efectos de la revocación respecto a terceros cuando el poder tenía que estar inscrito, aplican cuando la revocación se inscribe.⁴⁵⁸

Hay algunos casos en los cuales el mandato es irrevocable, a saber: cuando el mandato es parte de un contrato sinalagmático, cuando se haya dado

⁴⁵⁷ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 81-83.

⁴⁵⁸ **Código Civil**, N° 63 del 28 de setiembre de 1887, art. 278-287.

en interés común del mandante y mandatario o en interés de ambos y un tercero, o cuando las partes convengan en la irrevocabilidad del mandato.⁴⁵⁹

4) Oferta

En el artículo 1010 del Código Civil Costarricense se trata la revocación de la oferta, indica que antes de ser aceptada por el destinatario puede retirarse por parte de quien la realizó.

A nivel internacional, se trata el tema en el numeral 2.1.4 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004, el mismo expresa literalmente que “la oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.”⁴⁶⁰

Y el mismo artículo indica que no puede revocarse: “...si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.”⁴⁶¹

Algunas normas como las contenidas en los principios de contratación internacional de la UNIDROIT, distinguen entre el retiro, cuando se quita la oferta antes de ser recibida por el destinatario y la revocación, cuando una vez recibida se elimina antes de la aceptación

⁴⁵⁹ PUIG PEÑA citado por JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 86.

⁴⁶⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 4

⁴⁶¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 22 y 23

5) Estipulación a favor de un tercero

Este acto unilateral se regula en los artículos 1030 y 1031 del Código Civil Costarricense, en los cuales se expresa que es un acto válido, que puede ser gratuito u oneroso; en el caso de que sea puramente gratuita se rige por las reglas de la donación y en el caso de que sea onerosa por las reglas para las propuestas de contratos no gratuitos.

Puede ser revocado este acto unilateral en el supuesto de que no se haya adherido a él el tercero, es decir, aún no haya aceptado el tercero a favor de quien se hizo la estipulación.⁴⁶² En este mismo sentido se expresa el artículo 5.2.5 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2004, al indicar lo siguiente sobre la revocación: “Las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario mientras éste no los haya aceptado o no haya actuado razonablemente de conformidad con ellos.”⁴⁶³

Además de los casos de revocación unilateral que establece la ley ya mencionados, las partes pueden especificar en el contrato si una o ambas partes tienen la potestad unilateral de terminar el contrato en cualquier momento de la ejecución del mismo. En Costa Rica jurisprudencialmente se ha establecido un supuesto más de revocación unilateral de un contrato cuando este sea a plazo indefinido o indeterminado, ya que el Tribunal Superior Civil ha señalado que no es admisible mantener a las partes contratantes sujetas a un contrato sin plazo de forma indefinida, es por ello que es admisible la decisión unilateral de las partes como causa de extinción del contrato, pudiendo éstas liberarse del compromiso

⁴⁶² PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 363

⁴⁶³ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 15

comunicando su determinación de no continuar con el convenio, con la antelación necesaria, la cual se determinará según lo expresamente pactado entre las partes y, en su defecto, por los usos o la naturaleza de la relación contractual. Se trata de una facultad que no tiene que fundarse en ninguna causa especial⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ **Tribunal Superior Civil**, N° 001-F-94. CIV de las 15H de 5 de enero de 1994.

Sección II

Revocación Unilateral en el Contrato de Franquicia Comercial

A) Casos de Revocación Unilateral en la figura contractual

El contrato de franquicia comercial es un contrato mercantil moderno, atípico, sinalagmático o bilateral, consensual, conmutativo, informal, oneroso, escrito, de adhesión y de tracto sucesivo o ejecución sucesiva; además tiene características especiales como: la autonomía jurídica entre las partes, la cooperación o colaboración continua y ser un contrato intuitu personae (esta última característica no necesariamente está presente en todos los contratos de franquicia comercial).

En el contrato de franchising existen dos partes o sujetos contratantes, a saber el franquiciado o franchisee y el franquiciador o franchisor; al franquiciado se le concede una licencia para el uso de una marca o el derecho de actuar en la oferta, venta o distribución de productos o servicios de la marca que pertenece al franquiciador, siguiendo un plan operativo que establece el franquiciador; el franquiciador recibe a cambio un pago o franchise fee, y controla que la operación del franquiciado sea conforme al plan ya mencionado.

Esta figura contractual puede extinguirse de distintas formas, algunas de estas son: el vencimiento del plazo, por mutuo acuerdo, por circunstancias sobrevinientes; la que interesa analizar es la revocación unilateral ya que es objeto de la presente investigación, es el instituto jurídico por medio del una de las partes contratantes del contrato de franchising, elimina los efectos del mismo hacia el

futuro. En el siguiente aparte se analizará los casos en que el franquiciante, también llamado franquiciador o franchisor, decide poner fin de forma unilateral al contrato de franquicia comercial.

En la práctica comercial, por diversas razones el franquiciador pretende por su sola voluntad disolver el vínculo jurídico que existe entre él y el franquiciado por el contrato de franquicia comercial existente. Se debe recordar que es una facultad que debe ser otorgada al franquiciante por la ley o por convenio.

Y los casos en los que usualmente el franchisor realiza esa revocación unilateral del contrato son: cuando el contrato de franchising fue pactado con un plazo determinado de duración y el franquiciador decide no renovar el contrato una vez que el plazo está por vencer; cuando pretende resolver el contrato por causa justificada o injustificada y cobrar indemnizaciones al franquiciado, la procedencia de dichas indemnizaciones se discute doctrinariamente⁴⁶⁵; cuando el contrato de franquicia comercial es por tiempo indeterminado y el franquiciador lo termina, porque como se explicó con anterioridad, nadie está obligado a permanecer en un relación contractual de forma indefinida como lo indica el Tribunal Superior Civil, haya realizado o no el preaviso al cocontratante.

Esta revocación unilateral del contrato de franquicia comercial que lleva a cabo el sujeto mencionado de la relación contractual, puede llegar a producir responsabilidad por parte del sujeto que la realiza dependiendo del caso, y la responsabilidad y obligaciones de indemnizar o resarcir a su cocontratante o a terceros en razón de la terminación por decisión unilateral del vínculo jurídico es lo que se analizará a continuación.

⁴⁶⁵ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 105

B) Efectos Jurídicos de la Revocación Unilateral de la figura contractual

El principal efecto jurídico de la revocación unilateral, que realiza el franquiciante del contrato de franquicia comercial, es la extinción del mismo y la eliminación de los efectos del contrato a futuro; como se ha explicado repetidamente en este documento.

Pero además, existen otros efectos de la terminación de un contrato, los cuales varían de país en país, porque cada legislación tiene su forma de tratar esta situación. Se debe aplicar, a falta de legislación específica sobre la materia, la Teoría General de los Contratos al contrato de franchising, y por ende, a los casos de revocación unilateral de este contrato por parte del franquiciante o franquiciador; la cual se encuentra en el Código Civil.

En el caso del contrato de franquicia comercial al existir la problemática de la falta de legislación específica en razón de ser un contrato atípico, a nivel jurisprudencial se ha aplicado análogamente la normativa vigente sobre agentes y distribuidores, aunque existe discusión en la doctrina al respecto. La legislación que regula los contratos de agencia y de distribución prevé indemnizaciones y el cumplimiento de ciertos requisitos de procedimiento en caso de terminación del contrato.⁴⁶⁶ También existen normas en la materia que establecen derechos resarcitorios por la terminación anticipada del contrato.⁴⁶⁷

Por lo tanto se puede dar una aplicación análoga de leyes especiales que regulan contratos comerciales similares como es el caso de la Ley N° 6209

⁴⁶⁶ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 267

⁴⁶⁷ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 169

denominada “Ley de Protección al Representante y Distribuidor de Casas Extranjeras”, la cual fue recientemente reformada en razón de la futura entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio.

En razón de lo anterior, es menester desarrollar los conceptos relacionados con la indemnización de daños y perjuicios según la Teoría General de los Contrato, para luego determinar específicamente como se realiza el resarcimiento de los mismos en el caso de la revocación unilateral en el contrato de Franchising, que es el objeto de la presente investigación.

1) Responsabilidad Civil

La palabra responsabilidad proviene de la lengua latina “responsus”, que significa constituirse en garante. Es por esa razón que la responsabilidad civil o jurídica nace cuando un sujeto capaz de adquirir derechos y obligaciones, dentro de un ordenamiento jurídico específico, ha de asumir las consecuencias de la conducta desplegada, ya que por la misma se ha causado un perjuicio a otro sujeto que evidentemente también tiene tutelados sus derechos.

La responsabilidad civil es la sanción que el ordenamiento jurídico impone cuando se incumplen obligaciones legales, contractuales o de los principios fundamentales de la negociación privada; la cual consiste en la imposición coercitiva del sistema jurídico de reparar los daños y perjuicios ocasionados⁴⁶⁸

“La responsabilidad civil en sentido estricto es entendida, intersubjetivamente, como la reparación de los daños generados a otra persona, a

⁴⁶⁸ HILJE CASTILLO (Adriana). El incumplimiento de los Actos Unilaterales en el Mercado de la Protección al Consumidor. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999. p. 181

partir de la violación de una conducta debida, que es tutelada por el ordenamiento jurídico.”⁴⁶⁹

El fundamento de la responsabilidad civil es reparar de alguna manera el perjuicio sufrido por la otra parte, lo anterior se realiza mediante la obligación de indemnizar ese daño causado. “El concepto responsabilidad es derivado, ya que depende de los efectos que resulten de una acción determinada; por lo tanto, existe responsabilidad en la medida en que un individuo se encuentre obligado a reparar un daño causado con su actuar.”⁴⁷⁰

La conducta por la cual se ve un sujeto obligado a indemnizar a otro, puede ser tanto omisiva como activa, ya que la acción es todo aquel obrar humano que pueda ser controlable por la voluntad⁴⁷¹; entonces “se trata de una iniciativa humana externa... debe manifestarse... afirmamos que este despliegue externo de energías incide sobre intereses jurídicos relevantes...”⁴⁷²

Para que dicha conducta sea imputable al sujeto que la realiza y se pueda dar la indemnización, es decir, para que constituya la responsabilidad debe cumplir con algunos elementos o requisitos. Según el autor Lacruz Berdejo debe cumplirse con cinco requisitos que son: “1) la existencia de un hecho imputable al sujeto. 2) el daño efectivo. 3) el nexo causal. 4) la culpabilidad. 5) la antijuridicidad.”⁴⁷³ Pero hay otros autores como Kleidermacher que establecen solo cuatro elementos que son: “1) el incumplimiento objetivo como acción antijurídica imputable al incumpliente, 2) la existencia de daño actual y resarcible

⁴⁶⁹ ALTERINI (Atilio) citado por HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 182

⁴⁷⁰ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 65

⁴⁷¹ SANTOS BRIZ citado por HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 183

⁴⁷² PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 386

⁴⁷³ LACRUZ BERDEJO citado por HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 185

ocasionado a la otra parte, 3) la verificación de culpa y/ dolo en la acción del incumplimiento y, 4) la determinación de una causalidad adecuada entre el incumplimiento virtual y el daño comprobado.”⁴⁷⁴ Los elementos se explican a continuación:

El primer requisito es la imputabilidad que consiste en atribuirle a un sujeto un supuesto productor de daños, para poder imputarle a un sujeto un hecho debe corroborarse la existencia del hecho concreto y además, identificar al sujeto que realizó la conducta, como ya se dijo fuera omisiva o activa. Carrara proponía tres niveles de imputación, el primero lo llamó la causa material del acto (“usted lo hizo”), el segundo nivel consiste en el grado de control volitivo del mismo (“usted lo hizo voluntariamente”) y el tercero es la licitud o no del acto realizado voluntariamente, que sería la imputación legal.⁴⁷⁵

El segundo requisito es el daño, el cual puede conceptualizarse como un menoscabo efectuado sobre los bienes del afectado o sobre su persona. “Para que surja el derecho al resarcimiento es imprescindible que el acto, además de ilícito, produzca daño, o sea produzca lesión o invasión de la esfera jurídica ajena...”⁴⁷⁶ En conclusión debe verificarse un daño cierto, el cual puede consistir en una lesión sobre derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales (moral); este daño es la causa de origen de la reparación pecuniaria que pretende recuperar el equilibrio jurídico que se perdió. El daño presente o futuro debe ser cierto, es decir, ser real y efectivo para ser indemnizado.

El tercer requisito constitutivo de la responsabilidad es el nexo causal, es la relación entre el hecho que se estima productor del daño y el daño, es la

⁴⁷⁴ KLEIDERMACHER (Jaime), op. cit., p. 191

⁴⁷⁵ ALTERINI citado por HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 185

⁴⁷⁶ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p.392

búsqueda de una causa a la que se atribuye la provocación del daño, y así poder imputar ese menoscabo al sujeto que generó el hecho causante. Por lo tanto, “el daño debe ser la consecuencia directa o indirecta de la conducta, para los efectos del resarcimiento.”⁴⁷⁷ La jurisprudencia nacional indica que para que los daños y perjuicios puedan resarcirse deben ser una consecuencia inmediata y directa de la conducta del sujeto a quien se imputan.⁴⁷⁸

El cuarto requisito o elemento es la culpabilidad, la cual va a depender de que el sujeto que comete el acto considera que, de acuerdo con su conocimiento, actúa en forma correcta o no; en otras palabras, es la posibilidad de referir un acto a la actividad de una persona con el fin de que ella asuma los efectos que produce dicha actuación. Hay tres diferente grados de voluntariedad, y dependiendo de ellos así es el reproche que se hace del comportamiento, estos son: el dolo, la culpa y la imprevisibilidad o incontrolabilidad de las situaciones generadoras del hecho dañoso.⁴⁷⁹

Puede darse la inexistencia de este requisito y por ende no existiría responsabilidad si se da alguno de los supuestos de las causas de justificación, las cuales protegen al sujeto que realizó un comportamiento lesivo de intereses ajenos. Además, “... el caso fortuito y la fuerza mayor, como acontecimientos que exceden la posibilidad de control por parte del individuo, sean previsibles o imprevisibles... destruyen la posibilidad de imputar culpabilidad al obligado a una conducta...”⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p.401

⁴⁷⁸ **Sala de Casación Civil**, N°29 de 15 hrs 40 min de 25 de marzo de 1958

⁴⁷⁹ HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 195

⁴⁸⁰ HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 197

El quinto y último elemento constitutivo de la responsabilidad es la antijuridicidad o trasgresión normativa, para que esta se produzca deben estar los derechos tutelado jurídicamente y que la conducta de quien se constituye en responsable viole una norma, esta violación puede ser por acción o por omisión. La antijuridicidad es “una calificación que conlleva una valoración negativa del ordenamiento frente a una conducta”⁴⁸¹. No existe este elemento cuando existe un supuesto de exclusión de la antijuridicidad.

Si se produce una acción que conlleve una consecuencia o perjuicio para la otra parte hablamos de la obligación de asumir las consecuencias de la acción realizada en perjuicio por lo que debe reparar el daño causado, es decir, indemnizar que “consiste en una prestación que se le impone al responsable del daño injusto, cuya cuantía se establece en concordancia con el daño mismo. La finalidad de esa prestación es la satisfacción de la víctima por parte del victimario, mediante una prestación pecuniaria que se impone a este último en favor del primero.”⁴⁸²

Existen dos grandes vertientes tradicionales de responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual, la primera se da en el supuesto de la existencia vínculo negocial entre el sujeto que incurre en la conducta indebida y el que sufre las consecuencias dañinas de dicha conducta; la segunda se da cuando no existe dicho vínculo negocial entre los sujetos. Seguidamente se delimitan cada una de las vertientes.

⁴⁸¹ PEREZ VARGAS (Víctor) citado por HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 198

⁴⁸² RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p.66

2) Responsabilidad Contractual

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes, esto debido a la estipulación legal que está establecida en el artículo 1022 del Código Civil. Es decir, las partes deben cumplir lo que está estipulado en el contrato. Este convenio entre las partes “no goza de la característica de ser norma legal; si no que el legislador, en el citado artículo pretendió que las partes cumplieran con los contratos como si tuvieran un rango normativo impuesto por ministerio de ley.”⁴⁸³

Dentro de la relación contractual surgen una serie de cláusulas y estipulaciones, que deben de ser cumplidas por las partes, ya que en caso contrario provocarían un daño o perjuicio a la otra parte o incluso recíprocamente. “La responsabilidad entre las partes es contractual. Todo incumplimiento de una cláusula contractual, ya sea por dolo o culpa, que origine un daño genera responsabilidad hacia el cocontratante.”⁴⁸⁴

La responsabilidad nace “por la transgresión, es decir, por la negligencia u omisión de un deber que ha sido impuesto o acordado mediante un contrato, y al no prestarle la obligación preexistente es que surge dicha responsabilidad”⁴⁸⁵

El caer en irresponsabilidad contractual no solo aplica a aquella parte que ha incumplido las cláusulas, sino también a aquella parte o partes que hayan incurrido en error a la hora de llevarlas a cabo.

Para que una conducta pueda ser exigible dentro de la responsabilidad civil contractual es necesaria la existencia de un vínculo contractual entre las partes y

⁴⁸³ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 70

⁴⁸⁴ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 60

⁴⁸⁵ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 69 y 70

que dentro de dicha relación se produzca un daño. Además, debe haber un nexo causal, entre la conducta y el daño. “La fusión de todos estos elementos da como resultado la legitimación activa por parte de la víctima, para recurrir a la figura jurídica de la responsabilidad civil contractual.”⁴⁸⁶

El deber de reparar el daño ocasionado por una de las partes contratantes con respecto a la otra, está relacionado, con la acción o conducta realizada por el incumpliente. De esta manera, existen dos categorías las cuales son el dolo y la culpa. Una vez que se comprueba, ya sea la existencia del dolo o la culpa, en la inejecución del contrato permite a la parte afectada el análisis de las consecuencias dañosas para así poder reclamar los daños y perjuicios. Una vez que se comprueba que existe la posibilidad de reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios se hace necesario establecer los parámetros de extensión, así como los elementos constitutivos de esa reparación, para lo cual se debe establecer quien es la persona que reclama el incumplimiento; sea el franquiciante o el franquiciado.⁴⁸⁷

El derecho de resarcimiento se establece en la legislación nacional en el numeral 702 del Código Civil, y a nivel internacional en Los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales en el artículo 7.4.1, el cual se cita a continuación: “Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.”⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 71

⁴⁸⁷ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 75

⁴⁸⁸ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 272 y 273

Existe una doctrina mayoritaria en cuanto a la reparación de los daños causados la cual es la reparación plena. De igual manera, existen criterios minoritarios los cuales limitan los alcances de la reparación en los casos de incumplimiento contractual, por culpa del agente productor, a la indemnización de los daños y perjuicios que se derivan de las consecuencias inmediatas el hecho dañoso. “Entre tanto, en el supuesto de la existencia del dolo, el deber de reparar se extiende hasta las consecuencias inmediatas no necesarias y las mediatas previsibles.”⁴⁸⁹

Las normas en las cuales se apoya la doctrina mayoritaria de la reparación integral del daño, a nivel nacional son el artículo 701 y 705 del Código Civil Costarricense, en la primera de esas normas se indica que si el dolo se prueba se debe indemnizar los daños y perjuicios ocasionados aunque existiera pacto en contra, y en la segunda norma se establece que aunque exista una cláusula penal si hay dolo se puede exigir una suma mayor por concepto de daños y perjuicios.

Normas internacionales como el artículo 7.4.2 de Los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales establecen también el derecho a la reparación integral que tiene la parte perjudicada por el incumplimiento. Los artículos 7.4.10 y siguientes del mismo cuerpo normativo establecen que el resarcimiento debe fijarse en la moneda en que la obligación dineraria fue expresada o en la que el perjuicio fue sufrido, además el resarcimiento devenga intereses a partir del momento de incumplimiento.

En cuanto a responsabilidad civil en general no se hace ninguna distinción en cuanto a figuras contractuales se refiere, sino que se le brinda un tratamiento similar en cuanto a su regulación. Se dice “no es concebible que, a nivel de cuerpos legales, se establezca una mayor o menor cantidad de requisitos o

⁴⁸⁹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 74

elementos en unos contratos y en otros no”⁴⁹⁰. Se sigue un criterio unificado por parte de la doctrina en aplicar indistintamente los principios generales que rigen esta materia, a cualquier especie de contratos.

Los principios generales presentes en esta materia rigen de la misma manera, lo que pasa es que si llega a variar la complejidad del contrato. El caso específico del contrato de franchising, el mismo presenta particularidades que lo clasifican como un contrato novedoso y atípico⁴⁹¹, lo cual no significa que a nivel de responsabilidad civil, se le deba dar un tratamiento especial.

A nivel de legislación nacional la responsabilidad se encuentra regulada en el Código Civil en su artículo 1023 de la siguiente manera: Se declara la nulidad absoluta de las cláusulas contractuales que excluyen o limiten la responsabilidad del vendedor u oferente, a solicitud de parte lo declara los Tribunales. Es sabido que no en toda relación jurídica contractual las partes se encuentran en igualdad de condiciones, es por esta razón que el legislador quiso establecer un equilibrio jurídico entre ellas, para evitar que alguna de ellas se encuentre en un estado de indefensión, por lo cual establece la nulidad de las cláusulas abusivas en detrimento de la otra parte, como es el caso de una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento; esto mismo se encuentra regulado a nivel internacional de la siguiente forma: “Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.”⁴⁹²

⁴⁹⁰ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 67

⁴⁹¹ **Sala Primera Civil**, N°73 de 15 H. 45 de 17 de julio de 1996

⁴⁹² INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 369

El incumplimiento de obligaciones, por lo general, genera responsabilidad, ya sea para el franquiciante, para el franquiciado o frente a consumidores. Hay situaciones excepcionales donde no se configura la responsabilidad como es el caso de la fuerza mayor, caso fortuito o falta por parte de quien sufre los daños y los perjuicios, según el artículo 702 del Código Civil Costarricense vigente. También la fuerza mayor se contempla en normas internacionales como es el caso de Los Principio UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales en el artículo 7.1.7 que dice: “(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no 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. (3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción. (4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.”⁴⁹³ En ese cuerpo normativo internacional se establece además que cuando el daño es parcialmente imputable a la parte perjudicada, por acción u omisión de la misma, se reduce el resarcimiento en la medida en que haya la parte perjudicada contribuido con el daño, es decir, se da una atenuación del daño; esto se expresa en los artículos 7.4.7 y 7.4.8.

En el caso del contrato de franquicia comercial si se da un incumplimiento, ya se de por parte del franquiciador o del franquiciado se procede a aplicar los

⁴⁹³ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 21

principios de la responsabilidad contractual. La doctrina brinda el siguiente ejemplo: “si un franquiciante cuando constituye el contrato de franchising se obliga a brindar capacitación técnica al personal seleccionado por el franquiciado y no lo hace, estará incumpliendo lo pactado, hecho este que facultaría al franquiciado a proceder al respectivo reclamo de los daños y perjuicios; pues, en el caso específico, la calidad y servicio del bien no sería idéntico al de la casa matriz.”⁴⁹⁴

El contrato de franquicia comercial al ser un contrato atípico presenta cláusulas que delimitan su singularidad. Dichas cláusulas “no generan complejidad para el reclamo de la indemnización, ya que en este campo no se analizan las cláusulas, sino más bien su incumplimiento; consecuentemente, el intérprete debe realizar la valoración en cuanto al ámbito de cumplimiento se refiere.”⁴⁹⁵

En el caso que el franquiciante no cumpla con las obligaciones asumidas en el contrato dolosamente, podría verse este compelido a resarcir al franquiciado tanto las utilidades promedio no percibidas hasta la culminación normal del contrato, como también, aquellos negocios que no pudo realizar el franquiciado debido a su incumplimiento⁴⁹⁶.

Si sucede en caso contrario donde el incumplimiento por parte del franquiciado, este se vería obligado a pagar solamente la prestación pactada en el respectivo contrato resuelto, y con los intereses compensatorios y moratorios su existiesen.

De igual manera, se presenta la alternativa de la acción judicial de reclamo de daños y perjuicios por la “declaración intempestiva y arbitraria de la resolución

⁴⁹⁴ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 71 y 72

⁴⁹⁵ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 73

⁴⁹⁶ **Tribunal Superior Segundo Civil**, Sección Primera, N°294 de 9 H.10 de 11 de diciembre de 1996.

unilateral del contrato. No es este el caso de aquellos contratos sin plazo de vencimiento donde una de las partes fija unilateralmente su conclusión... sino que aquellos cuando aún pendiente de duración un contrato de franchising, una de las partes, en forma arbitraria lo denuncia.”⁴⁹⁷

En nuestro país se justifica la indemnización de la siguiente manera: “...la estabilidad y la unidad, principios rectores de estos contratos tienen importancia en la justificación de la indemnización. Es por esta estabilidad que la gente invierte en la promoción y ejecución de su función; sería entonces, contrario a la equidad que estas inversiones y los gastos que haga una vez realizados vayan a beneficiar al poderdante que realiza una revocación unilateral, apoderándose del terreno arado y sembrado por el representante...”⁴⁹⁸

Al finalizar la relación contractual habrá cantidad de bienes inmuebles y de bienes protegidos por la propiedad intelectual, como la marca y signos distintivos los cuales le acarrearán pérdidas en el caso que no consiguiera vender o liquidar estos bienes.⁴⁹⁹

Debido al carácter de atípico del contrato de franquicia comercial en doctrina se discute si resulta o no aplicable las leyes referidas a contratos de agencia o de distribución, inclusive las normas que establecen derechos de resarcimiento por la terminación anticipada del contrato.

Los contratos de franchising en los que no opera un plazo, es decir, que son de duración indeterminada, cuando se realiza la terminación del mismo en forma unilateral pero sin alegar una causa establecida en la ley, puede ser terminado sin

⁴⁹⁷ FARINA (Juan M), op. cit., p. 78

⁴⁹⁸ FOSTER citado por FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 106

⁴⁹⁹ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 108

responsabilidad para la parte que lo revoca cuando haya sido otorgada esa facultad en el contrato ya que las partes son libres de convenir la denuncia unilateral de un convenio de duración indefinida, esto conforme a la doctrina existente sobre la concesión comercial, la cual se aplica por analogía al contrato de franchising.⁵⁰⁰

Hay dos posturas respecto a como se debe aplicar la normativa especial para situaciones jurídicas como las que surgen del contrato de franquicia comercial, la primera indica que debe atenderse a la naturaleza de la figura contractual y a lo pactado por las partes.⁵⁰¹

La segunda postura es la de la aplicación de la Ley N° 6209, ley especial que otorga el derecho al resarcimiento a los contratos de agencia y distribución en ciertos supuestos de terminación de los mismos; se aplica de forma analógica al franchising en el caso de que surja responsabilidad contractual resultante de la actuación del franquiciador, por la cual termina el contrato de franchising de forma unilateral sin ninguna causa justa imputable al franquiciado, se establece en el artículo 2 de la Ley N° 6209 antes mencionada, ley que se aplica por analogía al contrato de franquicia comercial junto con la Teoría General de los Contratos específicamente en cuanto a los principios de responsabilidad contractual, tema que se ha expuesto anteriormente.

Según los autores Bernal Fuentes y Fabio Jiménez lo que cabe es analizar cada caso concreto, las cláusulas contractuales, las leyes especiales que puedan existir, la naturaleza de la figura y los principios contractuales de equidad, estabilidad y unidad, para solucionar el tema de la indemnización en el caso de la revocación unilateral del contrato de franchising por parte del franquiciador.

⁵⁰⁰ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 270

⁵⁰¹ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 106

No hay derecho de resarcimiento cuando se rescinde el contrato unilateralmente amparándose en una causa justa y dando el preaviso adecuado. La causa justa debe estar reconocida en alguna ley para que no se de lugar a la indemnización. El período de preaviso usual es de tres a seis meses, tiempo en el cual la otra parte puede minimizar el daño que resulta de la terminación.⁵⁰²

El preaviso es una protección al franchisee y debe darse antes de la finalización del contrato de franquicia comercial, es necesario aún cuando no se pacte contractualmente ya que obedece al principio de la buena fe negocial. Lo anterior en razón de que existe una dependencia contractual y económica del franchisee con respecto al franchisor. La ausencia del preaviso acarrea indemnización en cualquier caso y aún con mayor razón en el supuesto de que la terminación sea además de abrupta injustificada.

Con la rescisión del contrato de franquicia comercial por problemas como la revocación arbitraria o la no renovación del contrato de franchising, se producen interrogantes sobre temas como: el destino del stock, la cláusula de no competencia y la viabilidad de la indemnización de la clientela, de las inversiones y del personal.

Al ser terminado de forma abrupta por el franquiciante el contrato, el franquiciado se encuentra con un stock de productos con la marca o emblema o diseño que ya no representa, lo que procede es: que el franquiciante se haga cargo de él, es decir, que readquiera el stock o; compense la pérdida sufrida por el franquiciado al tener que conservar el stock, siempre y cuando la terminación le sea imputable al franquiciante. Otra solución distinta contempla la jurisprudencia italiana, la cual consiste en dar autorización al franquiciado para que venda el

⁵⁰² MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 267

stock ya sea en su totalidad o por un tiempo definido.⁵⁰³ A nivel nacional se aplica el artículo 2 de la Ley N° 6209 que establece la obligación del franquiciante de adquirir el stock que tenga en posesión el franquiciado, cuando la terminación se dio por parte del franquiciante sin justa causa.

En cuanto a la cláusula de no competencia lo que ocurre cuando el franquiciante termina de forma unilateral y intempestiva el contrato, es que sigue siendo válida siempre y cuando sea limitada en su tiempo, espacio y sector de actividad.⁵⁰⁴

En casos excepcionales cuando se revoca una franquicia comercial por parte del franquiciante, el franquiciado puede ser indemnizado por la clientela, ya que la clientela se entiende como de la marca. Los casos excepcionales son: cuando el franquiciado desarrollo una franquicia de una marca desconocida de una forma exitosa por mucho tiempo o cuando produce un aumento significativo de la clientela sobre el promedio de crecimiento del franquiciante.⁵⁰⁵

Hay gran discusión doctrinal también con respecto a la indemnización del personal, pero mayoritariamente se establece al franchisee como el responsable por ser una empresa independiente y tener su propio patrimonio, además de que la subordinación del personal es tanto técnica como económica con el franquiciado. Pero se reconoce que los daños y perjuicios por ruptura abusiva del franquiciante deben ser reparados por éste; y en el supuesto de que se trate de un conjunto de interés económicos y exista control, cabe la indemnización por parte del franquiciante, en razón de los artículos 16 y 17 del Código de Trabajo

⁵⁰³ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 268 y 269

⁵⁰⁴ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 269

⁵⁰⁵ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 270

Costarricense, hay responsabilidad de tipo solidaria por ser una unidad económica.⁵⁰⁶

En cuanto a la indemnización por inversiones, sino está satisfecha la inversión realizada por el franquiciado en razón del contrato de franquicia comercial, debe estimarse el monto efectivamente razonable que debe cancelar el franquiciador. Esta indemnización se fija en el artículo número 2 de la Ley N° 6209 bajo el criterio de utilidad bruta; "... si el franquiciado demuestra que la terminación fue injustificada, los daños y perjuicios se los cobrará al franquiciante"⁵⁰⁷

A continuación se trata de explicar la reforma que se realizó a la Ley N° 6209 por motivo de la agenda complementaria del TLC con Estados Unidos. Ya que la misma se aplica por analogía a los contratos de franquicia comercial como se explicó anteriormente.

El artículo 2 de la ley, se modificó en aspectos como: desaplicar la fórmula matemática preestablecida para fijar la indemnización; se establece que debe demostrarse el daño y el quantum del mismo para poder cobrar una indemnización antes sólo se probaba el incumplimiento, no el daño ni la culpa. Es decir, ahora el franquiciado puede exigir la reparación total de los daños (patrimoniales y extrapatrimoniales) y perjuicios ocasionados por el franquiciante, cuando pruebe que existió dolo. Entonces, la reforma representa un cambio en la fórmula para calcular y cobrar una indemnización que dependerá ahora de la valoración efectiva que se haga del daño causado en cada caso concreto.

El artículo 9 es reformado en la siguiente forma: se elimina el depósito de garantía y se suprime la posibilidad de poner restricciones a las importaciones de

⁵⁰⁶ FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio), op. cit., p. 111-113

⁵⁰⁷ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 59

productos o servicios al franquiciante. Costa Rica aplicará los principios generales del derecho contractual y de procedimientos civiles, especialmente lo que se refiere al embargo preventivo, el cual establece la posibilidad - en caso de una disputa - de embargar bienes o requerir el depósito de una garantía, fundamentado en la prueba presentada por quien corresponda sobre los daños efectivos que reclame.

El artículo 10 de la ley reformada contempla la indemnización de daños y perjuicios que se reclame con fundamento en esta ley. En este sentido, deberá resarcirse íntegramente la lesión patrimonial causada derivada de la infracción de la norma o la violación del derecho subjetivo. Se le da la posibilidad al juez de que fije una garantía prudencial a instancia de parte, en aquellos casos en que se acredite que la parte respecto a la cual se pide la garantía no cuenta con bienes suficientes en el país para responder por una eventual sentencia condenatoria. Esta garantía será proporcional al monto de la indemnización reclamada.

El artículo 7 también es modificado en un intento por incentivar el uso de medios alternos de solución de controversias, principalmente el instituto del arbitraje, y así se garantiza el derecho constitucional consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política. Con ello, se podrán someter a arbitraje las diferencias patrimoniales que surjan entre las partes con motivo del contrato de representación, distribución o fabricación. Y por aplicación análoga al de franquicia comercial.

En síntesis el nuevo régimen de protección al representante y distribuidor de casa extranjeras tendrá las siguientes características: 1) Aplicará los principios generales del derecho contractual y será consistente con el principio de libertad contractual; 2) La exclusividad será reconocida únicamente si el contrato explícitamente lo establece; 3) El advenimiento del plazo contractual (terminación

de los contratos en la fecha de vencimiento) será justa causa de terminación del contrato (al ser justa causa, no cabe indemnización); 4) En el caso de contratos que no tengan fecha de vencimiento se tendrá como válida (también sin reconocimiento de la indemnización) la terminación anticipada de cualquiera de las partes, mediando un aviso de 10 meses de anticipación; 5) Se establece que la ausencia de una disposición expresa para la solución de disputas en un contrato presume la intención de dirimirla a través del arbitraje, salvo cuando una de las partes lo objete (en cuyo caso desaparece la presunción). Finalmente, se contempla el compromiso de Costa Rica de facilitar el arbitraje como medio de solución de disputas relacionadas con la ley o con el nuevo régimen por publicar.

a) Daños y Perjuicios

El daño es cualquier pérdida que haya sufrido la parte perjudicada y el perjuicio es cualquier ganancia de la que fue privada esta parte perjudicada, lo anterior según el artículo 7.4.2 de Los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales; esta misma norma establece la existencia de daños patrimoniales y extramatrimoniales al establecer lo siguiente: “puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”⁵⁰⁸

Entonces los daños pueden ser clasificados de acuerdo a su naturaleza en: patrimoniales y extramatrimoniales; la primera clase consiste en los daños susceptibles de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de dominio o posesión del afectado; y la segunda clase de daños son los morales, es decir, los que no acarrear ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valubles y que consisten en perturbaciones anímicas del

⁵⁰⁸ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 21

damnificado, sin embargo pueden estos daños no patrimoniales tener efectos de indemnización patrimonial efectiva.⁵⁰⁹

Otra forma de llamar a los daños patrimoniales es materiales; y a los extramatrimoniales también se les conoce como inmateriales. Los daños materiales se dividen en daños propiamente dichos y en lucro cesante; los primeros son los gastos y pérdidas por el daño; y el lucro cesante o perjuicio consiste en los beneficios patrimoniales ciertos dejados de percibir producto del daño.

Además de la anterior división de los daños materiales, puede darse otra distinción de estos en previsibles e imprevisibles, según su previsibilidad o imprevisibilidad para el incumplidor. La previsibilidad se determina conforme a la abstracción de la conducta de un sujeto promedio.⁵¹⁰ Según los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales “la parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.”⁵¹¹

Tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales son indemnizables; sin embargo los daños morales presentan la problemática de ser inestimables patrimonialmente por lo cual se permite una sanción ejemplar a criterio del juez.

⁵⁰⁹ SANTOS BRIZ citado por HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 188

⁵¹⁰ HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 202 y 203

⁵¹¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), op. cit., supra nota 398, p. 21

A nivel internacional se establece el deber de compensar ambos tipos de daños mencionados en el párrafo anterior, en el numeral 7.4.3 del cuerpo normativo citado anteriormente.

En el caso del contrato de franquicia comercial cuando el franquiciante incumple y perjudica al franquiciado, tiene que resarcir al franquiciado indemnizando los daños y perjuicios cuando este último interpone la acción correspondencia. Los daños emergentes que debe indemnizar son: la proporción correspondiente al plazo de ejecución del contrato no cumplido por parte del franquiciante; la inversión no amortizada, por concepto de instalaciones, sistemas, vestuarios, muebles, útiles; las mercaderías en “stock” por concepto de invendibles⁵¹², ya que el franquiciado no puede vender más productos que tengan la marca, los emblemas, signos y distintivos del franquiciante; los costos laborales, para asegurarse la cancelación de los llamados pasivos laborales, que consisten en los eventuales despidos; la cancelación de los seguros correspondientes a las inversiones realizadas y que no fueron debidamente aprovechadas como resultado de dicho incumplimiento⁵¹³; la creación de una cartera de clientes producida durante la ejecución del contrato franchising.

Además como concepto de perjuicios o lucro cesante en el supuesto del incumplimiento del contrato de franchising por parte del franquiciante se indemnizan las ganancias de la ejecución del contrato de franquicia comercial, las cuales dejaron de percibirse por la no ejecución del plazo contractual que fue estipulado por las partes en el principio.

⁵¹² RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 75 y 76

⁵¹³ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 77

b) Culpa y Dolo

Quien no cumple con un vínculo obligatorio puede realizar esa conducta de dos formas por dolo o por culpa. La culpa consiste en la conducta dañosa que nace en razón de la inobservancia de un deber hacer, y por otro lado, el dolo consiste en la ejecución de un acto conciente del daño que produce a otra persona y con la intención de cometer dicho menoscabo.⁵¹⁴

La culpa puede darse de varias formas: por negligencia, imprudencia o impericia de parte de quien realiza la conducta dañosa. La negligencia es el hacer menos de lo debido; la imprudencia es excederse en lo realizado y; la impericia es la realización errónea de un procedimiento a seguir.⁵¹⁵

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la importancia de la determinación del dolo y la culpa para atribuir la responsabilidad. Octavio Torrealba es partidario de la tesis donde no se necesita la distinción para atribuir la responsabilidad basándose en el artículo 704 del Código Civil.

Alberto Brenes Córdoba y Diego Baudrit se acogen a la tesis de la distinción entre la culpa y el dolo, ya que ante la existencia de culpa, el deudor no está obligado a más que los daños y perjuicios que se han podido prever, mientras que ante la presencia del dolo el deudor está en la obligación tanto a los daños previsibles como los imprevisibles.⁵¹⁶

De esta manera, en la culpa basta el probar el incumplimiento para que se presuma culpable, en cambio en el dolo no es suficiente demostrar el

⁵¹⁴ HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 196

⁵¹⁵ HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 196

⁵¹⁶ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 113

incumplimiento, sino que deba probarse a fin de que genere las consecuencias jurídicas antes descritas.

En el contrato de franchising en cuanto al dolo se dice que tanto el franquiciante como el franquiciado pueden incurrir en este y por ende acarrear consigo la responsabilidad respectiva, consecuencia de ese actuar malicioso, el cual consiste en que cuando la parte pudiendo haber cumplido no lo hace.

El actuar que interesa analizar es el del franquiciante cuando lo hace de forma dolosa, las hipótesis en que el franquiciador incurre en dolo son las siguientes: “Viole la cláusula de exclusividad del franquiciado, ya se la exclusividad territorio o la distribución”⁵¹⁷; si en cualquier momento no cumple con el deber de brindar asistencia técnica, dado a que dicha obligación es de tracto sucesivo, es decir que permanece mientras esté vigente el contrato⁵¹⁸; cuando incumpla volitiva y cognoscitivamente con una o varias de las obligaciones contempladas en el contrato de franquicia comercial.

“Cuando el franquiciante obra con dolo, quebranta los principios de buena fe comercial y equidad, razón por la cual, lo que le corresponde es que se haga responsable por las acciones u omisiones emprendidas, que han traído perjuicio al franquiciado.”⁵¹⁹

En cuanto al tema de la culpa se dice que existe cuando por una simple falta se ha dejado de cumplir una obligación, ya sea porque temerariamente se ha comprometido a lo que no se podría cumplir, o porque después y como

⁵¹⁷ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 106

⁵¹⁸ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 78

⁵¹⁹ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 107

consecuencia de su falta, no se pueda cumplir con el compromiso.⁵²⁰ En el caso del contrato de franquicia comercial tanto el franquiciante como el franquiciado pueden incurrir en culpa cuando incumplen o ignoran las obligaciones que se han pactado en el contrato.

Dentro de los supuestos en que el franquiciante puede cometer una conducta culposa, son los siguientes: se retrase en la entrega de la materia prima que se haya comprometido a entregar al franquiciado para la ejecución de la franquicia o bien en la entrega del manual de operaciones o en la transferencia del know how, aunque se dice que este tipo de supuestos se debe estudiar detalladamente si tal atraso fue por una conducta dolosa, culposa, o por fuerza mayor; y cuando se retrase o se interrumpa, en su obligación continua de brindar asistencia técnica para el franquiciado.

3) Responsabilidad ante Terceros

Los contratos generan al extinguirse responsabilidad entre las partes que lo celebraron, "... de acuerdo con el principio de la relatividad de los contratos según el cual los convenios no producen efectos sino entre las partes contratantes"⁵²¹; este tipo de responsabilidad ya fue analizada.

Entonces, ese principio de relatividad de las convenciones se instituye para los terceros que son aquellas personas que no se encuentran ni se encontraran unidas con las partes contratantes mediante ninguna relación, son quienes no han

⁵²⁰ PARIS RODRIGUEZ (Hernando) citado por GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 110

⁵²¹ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 178 y 179

participado en el contrato ni han sido representados en el mismo por lo cual no pueden adquirir ni ser despojados de ningún derecho.⁵²²

De acuerdo con lo anterior, en principio en el contrato de franquicia el sujeto responsable frente a terceros sería el franquiciado, ya que éste actúa en nombre, por cuenta y riesgo propios. Entendidos los terceros como los consumidores de los productos de la franquicia o las personas a quienes se les presta un servicio. En consecuencia entre el franquiciado y el consumidor se utilizan los principios de la responsabilidad contractual.⁵²³

“Si se parte de esta premisa, el franquiciante solo podrá ser responsabilizado extracontractualmente, en los casos en que este tenga alguna incidencia directa en la fabricación de un producto o cuando se pueda comprobar una responsabilidad en vigilando, ya sea en el proceso de transmisión del know how o en la asistencia permanente al franquiciado, mientras que el contrato este vigente”⁵²⁴; “...la acción del consumidor o usuario contra el franquiciante en forma solidaria o por vía directa, cuando se pruebe que existe vicio de diseño o de especificación en la cosa transmitida, no será en razón de las normas y principios que gobiernan la franquicia, sino por leyes de tutela al consumidor o por aplicación de otras normas que persiguen idénticos fines.”⁵²⁵

El mismo autor afirma que: “el franquiciante puede excusar su responsabilidad contractual frente al franquiciado por vicios o defectos en la operación de la franquicia, ya que el único responsable de ella es el franquiciado. En cuanto a la responsabilidad por vicios de diseño, resulta poco efectiva ya que

⁵²² JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 189

⁵²³ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 60

⁵²⁴ CHERVIN DE KATZ (Marta), op. cit., p. 84

⁵²⁵ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 60

solo tendrá aplicación si el franquiciante otorgara alguna suerte de garantía sobre el resultado del franquiciado o sobre la rentabilidad del sistema franquiciado. Dado que la franquicia no garantiza el éxito, sino que otorga una oportunidad de duplicarlo, tal acción puede difícilmente prosperar.”⁵²⁶

Hay responsabilidad por lo tanto no solamente ante la figura del franquiciante y franquiciado sino también frente a terceros que son los consumidores. Lo anterior en razón de que la responsabilidad tiene dos efectos, el primero es entre las partes comunes a todo contrato y el segundo origina vinculaciones con los clientes –terceros a quienes se prestan los servicios.⁵²⁷

La responsabilidad frente a terceros puede ser analizada desde dos dimensiones: la del defecto del bien objeto de la franquicia y la de la publicidad engañosa.

En la primera dimensión se debe distinguir si los productos son elaborados por el franquiciante y distribuidos por la red de franquicias, en tal caso cabe responsabilidad frente al franquiciante y le corresponderá a este comprobar que no hubo culpa o dolo a su cargo. En el caso que la fabricación de los productos están a cargo de los franquiciados, se debe tener en cuenta si el problema de la deficiencia del producto se debe a causas imputables a los procedimientos e instrucciones establecidos en el manual de operaciones o si por el contrario responde a un mal uso de los productos que se distribuyen a través de la franquicia. Dentro del primer caso la responsabilidad le corresponde al franquiciante porque este impone directrices por seguir en lo que concierne al

⁵²⁶ MARZORATI (Osvaldo), op. cit., p. 412

⁵²⁷ SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace), op. cit., p. 59

franquiciado, para ser parte de la red. Si el mal uso proviene del franquiciado, este deberá ser el único responsable.⁵²⁸

En el caso de la segunda dimensión, la publicidad engañosa, se da cuando en forma directa o indirecta se actúa con falsedad, inexactitud, ambigüedad o exageración, con el fin de inducir al consumidor a error o engaño. La responsabilidad en este caso se configura sin la necesidad de la existencia del daño, es decir, basta comprobar que la publicidad es engañosa.

Con excepción de los supuestos expuestos en los cuales el franquiciante puede tener responsabilidad frente a terceros, aún cuando no existe una relación contractual entre ellos, no hay otros casos.

En el caso de la rescisión convencional o revocación contractual del contrato de franquicia comercial, "... los efectos que esta figura produce se manifiestan hacia el futuro, sin alterar los derechos adquiridos por terceros en el intermedio; de manera que, los derechos que les habían sido concedidos regularmente, subsisten en su integridad porque... la voluntad de las partes no tiene fuerza suficiente para destruir los derechos de terceros, entendiendo por terceros aquel individuo o sujeto que no ha tenido intervención en la conclusión del acuerdo o contrato."⁵²⁹ Lo anterior se sustenta normativamente en "...el artículo 457 del Código Civil establece que las acciones de rescisión o resolución no perjudicarán a tercero que haya inscrito su derecho salvo los casos ahí señalados; a pesar de ello... un convenio jurídico afecta aunque sea muy someramente de

⁵²⁸ GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana), op. cit., p. 120

⁵²⁹ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 183

una u otra manera a terceros, ya que sus consecuencias se imponen ante ellos...”⁵³⁰

4) Responsabilidad Extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual es definida por el legislador en el artículo 1045 del Código Civil dispone que “todo aquel que por dolo, falta, negligencia, o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios...”. El Tribunal Superior Civil ha afirmado que lo anterior es el principio de la responsabilidad extracontractual.⁵³¹

Los artículos 1046 y 1048 del Código Civil y el artículo 41 de La Constitución Política respaldan la responsabilidad extracontractual en aquellos casos en que una persona haya sufrido daño, en su propiedad o sus intereses morales debido a una relación extracontractual.

Se dice que “se habla de responsabilidad extracontractual cuando, en ausencia de un vínculo obligacional de carácter legal o contractual del que derive un “deber concreto y específico”, se transgrede el deber genérico de no dañar.”⁵³²

La responsabilidad extracontractual puede constituirse por una conducta activa o pasiva, e incluso omisiva. Solamente se da responsabilidad extracontractual cuando no hay un contrato de por medio, ya que el daño se causa sin que exista dicho vínculo.

⁵³⁰ JIMENEZ DURAN (Marelyn), op. cit., p. 183

⁵³¹ **Tribunal Superior Segundo Civil Sección Segunda**, N°433 de 9 H. 20 de 5 de agosto de 1993.

⁵³² RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 80

“Tradicionalmente se ha hablado de tres elementos que han de encontrarse presentes en el supuesto que genera la responsabilidad extracontractual: el daño causado, la antijuricidad y la culpabilidad... ante una conducta ilícita extracontractual el intérprete deberá determinar la existencia de un daño y de su causa, establecer si ese daño es antijurídico y, si lo es, realizar su imputación a un sujeto determinado en razón de su culpabilidad”⁵³³

Para determinar la responsabilidad civil extracontractual es necesario no solo la conducta culposa o negligente, sino también la dolosa, debido a que este tipo de responsabilidad se da como producto del rompimiento de un deber general existente de no dañar a otro.

Es definida por Víctor Pérez de la siguiente manera: “es extracontractual la relación jurídica que se constituye cuando una persona viola la esfera jurídica de otra, sin que exista una relación jurídica anterior, o si existiendo, ésta nada tenga que ver con el comportamiento ilícito o la actividad productora del daño. Entra dentro de esta categoría, siempre que causen un daño, todas las violaciones al deber genérico de diligencia en la vida social, la impericia, la negligencia y la falta, lo mismo que las conductas dolosas”⁵³⁴.

Se explica que no importa tanto la gravedad de la culpa en sí, ni el dolo o la negligencia que hubo, ya que lo que realmente es relevante es el resultado de la acción, es decir, el daño producido, para así poder exigir el resarcimiento por parte del afectado.

⁵³³ PEREZ VARGAS (Víctor), op. cit., supra nota 326, p. 390

⁵³⁴ PÉREZ VARGAS (Víctor) citado por RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 81

La característica más sobresaliente de la responsabilidad extracontractual es que al damnificado le corresponde demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito, diferente de la contractual donde no está obligado a demostrar la culpa⁵³⁵.

Un contrato como lo es la franquicia, por su especialidad, no está exento de la atribución de responsabilidad extracontractual. “La responsabilidad extracontractual del franquiciante-fabricante, se fundamenta en el hecho de que éste controla y dirige la actividad del tomador de la franquicia, dándole instrucciones y conociendo su organización. El franquiciado está sujeto a un intenso control que permanentemente ejerce el otorgante sobre él”⁵³⁶.

Existen varias teorías que fundamentan la responsabilidad del franquiciante, una de las teorías es la de la culpa, donde el perjudicado debe probar la culpa del franquiciador “haciéndose notar, bajo este supuesto, lo difícil que resultaría la posibilidad de obtener éxito de una demanda contra el fabricante o franquiciante.”⁵³⁷

Otra teoría existente es la de la responsabilidad extracontractual objetiva, esta posee una enorme dificultad que es la de hallar el consumidor perjudicado para probar la culpa del franquiciador y así repeler su intento de probar lo contrario, indujo a un sector de la doctrina a considerar como extracontractual objetiva la responsabilidad del demandado. Estrictamente, el usuario no contrató con el fabricante; sin embargo, en virtud del perjuicio causado al usuario surge, en

⁵³⁵ **Sala Primera**, N° 34 de 14 H. 25 de 22 de marzo de 1991. **Sala Primera**, N° 20 de 14 H. 45 de 31 de enero de 1992.

⁵³⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 82

⁵³⁷ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 83

principio, para el fabricante un nexo posterior, extracontractual que le obliga a indemnizar al tercero perjudicado⁵³⁸.

En el contrato de franquicia existe tanto responsabilidad contractual como extracontractual. La primera se da entre consumidor y vendedor y, la segunda, con el fabricante.

Dentro de la responsabilidad extracontractual el fabricante se libera de ella si prueba que el daño sufrido por el adquirente se debe a hechos que no le son imputables, como caso fortuito, culpa de la víctima o hecho de un tercero por quien no debe responder.

No obstante, si partimos del criterio de responsabilidad objetiva, el fabricante no se liberaría aún en el caso de que demostrare que puso toda la diligencia en la elaboración y no hay relación de causalidad entre el hecho productor de vicio y el daño.”⁵³⁹

Siguiendo el criterio de la responsabilidad objetiva el franquiciado que actúa en su nombre deberá responder frente a terceros que hayan utilizado el servicio por lo que serán utilizados los principios de responsabilidad contractual entre el franquiciado y el tercero

“Por otro lado, el caso de responsabilidad extracontractual se da cuando el consumidor final reclama indemnización a algún interviniente en el proceso de comercialización, que no es aquel que le proveyó directamente la cosa, sea el

⁵³⁸ FARINA (Juan M), op. cit., p. 215 y 216.

⁵³⁹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 84

fabricante no vendedor o alguien que intervino anteriormente en el proceso de comercialización.”⁵⁴⁰

“La determinación en cuanto a los daños varía entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. En esta última se indemnizan tanto los daños como el lucro cesante, los daños previsibles y los imprevisibles. En cambio, en la contractual, el grado de indemnización viene establecido por la culpabilidad del incumplidor.”⁵⁴¹

5) Otras Responsabilidades

a) Responsabilidad Penal

Es importante mencionar que la responsabilidad penal solo puede entenderse y aplicarse dentro de las personas físicas, ya que solamente estas pueden ser punibles. Otras personas o entes jurídicos no pueden ser susceptibles de ser sometidas a control penal, y por tanto, no pueden tener responsabilidad penal. “Esto por cuanto las personas jurídicas no cuentan con uno de los requisitos más importantes de la punibilidad cual es la voluntad de la acción.”⁵⁴²

En nuestro país: “en materia penal, sólo existe la responsabilidad subjetiva, y para que ésta llegue a configurarse es necesario que el hecho se haya cometido

⁵⁴⁰ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 85 y 86

⁵⁴¹ HILJE CASTILLO (Adriana), op. cit., p. 203

⁵⁴² **Código Penal**, Ley N° 4573 de 08 de noviembre de 1971, art. 42 y 43.

con dolo, culpa o preterintención, y en el caso de que el franquiciante o el franquiciado sean personas jurídicas no sería posible dicha configuración.”⁵⁴³

La responsabilidad que tiene un administrador, un representante o un gerente de franquicia sería según el artículo 106 del Código Penal se dice que hay solidaridad en la acción de los partícipes de un hecho punible en cuanto a la reparación civil. Por lo cual, están obligados solidariamente con los autores del hecho punible, al pago de daños y perjuicios.

Artículo 106: 1. Las personas naturales o jurídicas dueñas de empresas de transporte terrestre, marítimo o aéreo de personas o de cosas; 2. Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles; 3. Las personas naturales y jurídicas dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza, en que se cometiere un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes y demás trabajadores a su servicio; 4. Los que por título lucrativo participaren de los efectos del hecho punible, en el monto en que se hubieren beneficiado; y 5. Los que señalen leyes especiales.

El Estado, las Instituciones Públicas, autónomas o semiautónomas y las municipalidades, responderán subsidiariamente del pago de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios con motivo del desempeño de sus cargos.

De esta manera, el contrato de franquicia no genera responsabilidad penal en los casos en que el franquiciante o franquiciado sean una persona jurídica.

⁵⁴³ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 86 y 87

b) Responsabilidad Tributaria

Dentro de los impuestos aplicados en Costa Rica, encontramos el impuesto de ventas, que debe ser pagado tanto por personas físicas como jurídicas públicas y privadas “que realicen ventas o presten servicios en forma habitual. Asimismo, las personas de cualquier naturaleza que efectúen importaciones o internaciones de bienes.”⁵⁴⁴

El monto del impuesto es un 13% sobre el precio de las ventas netas. Este impuesto se incluye dentro de los impuestos selectivos de consumo. De igual manera, “el impuesto selectivo de consumo es cobrado a algunas mercancías importadas o producidas, localmente, por productores no artesanales.”⁵⁴⁵

En el caso de la franquicia comercial, el empresario al ser un empresario individual e independiente, el que paga el impuesto sobre la renta el franquiciado generalmente a la administración tributaria del país donde se opera la franquicia.

Se explica que: “el pago de las regalías que debe pagar el franquiciado por la explotación de la franquicia, el cual se calcula sobre las ventas brutas anuales del franquiciado. En principio, los gastos por concepto de pago de regalías son deducidos como gastos para el franquiciado y por ende, el importe de la franquicia al ser un ingreso, el franquiciante debe pagar impuestos sobre la renta.”⁵⁴⁶

Surge un problema que se da cuando se trata de un franquiciante internacional donde existe una remesa en el extranjero, ya que surge la duda de quien debe realizar la retención del impuesto de renta, pues de lo contrario el

⁵⁴⁴ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 96 y 97

⁵⁴⁵ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 97

⁵⁴⁶ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 98

Estado no recibirá ningún impuesto sobre dicho pago. Se debe aplicar el artículo 8 inciso k) párrafo 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta que indica que, el franquiciado tiene que hacer una retención del diez por ciento sobre los montos de las regalías remesadas.

c) Responsabilidad Laboral

Dentro de la ejecución del contrato de franquicia comercial uno de los aspectos que más se discuten es que si existe una relación laboral o una relación laboral. Se discuten en los casos en que el franquiciado es una persona física. Se dice que se complican porque existe una subordinación directa del franquiciado en relación con el franquiciante.

Se puede decir que se tiende a complicar, ya que existe una subordinación directa del franquiciado con relación al franquiciante dado que, como se ha indicado, el éxito de la franquicia depende de la acción conjunta de los franquiciados, por lo que existe un determinado nivel de subordinación del franquiciado a las políticas y directrices del franquiciante.

De acuerdo con los principios mercantiles y lo establecido en el Código Comercial “se puede sostener que se trata de dos comerciantes independientes y que, consecuentemente, se está en presencia de una relación mercantil.”⁵⁴⁷

Dicho problema es planteado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, donde muchas empresas, en relación con los agentes vendedores, realizan contratos con sociedades anónimas, donde resulta ser que el

⁵⁴⁷ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 100

apoderado es el mismo que el agente vendedor con el propósito de evitar la relación laboral.

La Sala Segunda de la Corte⁵⁴⁸, resuelve que el contrato laboral es un contrato realidad, a pesar de que la sociedad anónima le facture a la empresa, se dan los dos elementos característicos de la relación laboral, a saber: 1) subordinación y 2) una retribución por la labor o servicio prestado a la principal.

Se explica: “Esta situación es sumamente importante para dilucidar la incógnita, pues si bien es cierto que puede darse la subordinación en la aplicación de las políticas y directrices del franquiciante, lo cierto es que el segundo elemento característico de la relación laboral no se da, pues el franquiciante no le da ninguna retribución al franquiciado sino que, por el contrario, quien tiene que remunerar en el contrato de franchising es el franquiciado. Quien no sólo tiene que pagar el derecho de entrada sino que además tiene que pagar las regalías, razón por la cual esta situación no podría entonces enmarcarse dentro de una relación laboral, ya que no se cumple con los dos requisitos indispensables para que se dé.”⁵⁴⁹

Otro de los aspectos por analizar dentro del contrato de franquicia comercial en relación a la responsabilidad laboral es en relación con los empleados del franquiciado en caso que se termine el contrato de franquicia comercial. Con respecto a la responsabilidad directa en relación con la cesación de las operaciones de la franquicia, en relación a los empleados del franquiciado, le corresponde al franquiciado, exclusivamente, que es el patrono directo.

⁵⁴⁸ **Sala Segunda**, No.138 de 10 H.10 de 15 de mayo de 1996.

⁵⁴⁹ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 101

De igual manera, si el contrato se termina por incumplimiento del franquiciante la responsabilidad laboral le corresponde al franquiciado.

La única posibilidad que tiene el franquiciado, con respecto al franquiciante por la responsabilidad patronal en que ocurrió por la cesación de operaciones por incumplimiento del franquiciante, es la indemnización de daños y perjuicios que pueda demandar al franquiciado con respecto al franquiciante.

d) Responsabilidad Internacional

El contrato de franquicia comercial es una figura que se puede dar tanto a local o nacional o a nivel internacional. En nuestro país como ya se ha mencionado no existe una legislación especial; resulta similar la situación en las franquicias internacionales donde es casi inexistente su regulación y esto resulta de alguna manera problemático.

La preocupación existe en relación con el derecho aplicable por la responsabilidad por daños causados por los productos elaborados y que estén bajo la competencia del derecho internacional privado.

El contrato adquiere suma importancia por ser un contrato atípico, por medio del contrato se vienen a regular los derechos y obligaciones de las partes interesadas, el franquiciador y el franquiciado.

“El contrato es un instrumento jurídico fundamental y, más aún, en aquellos casos donde contempla algún elemento de índole internacional, que pueda posteriormente crear litigio y donde se presenten aspectos dudosos o de difícil

interpretación, como lo pueden ser la jurisdicción, la responsabilidad o el derecho aplicable. ⁵⁵⁰

Los procedimientos internacionales de solución de conflictos han tenido una gran aceptación en esta clase de contratos pues la figura del arbitraje, conciliación o la cláusula compromisoria son cláusulas previstas en la redacción de los mismos. Este tipo de mecanismos de alguna manera, ayudan a la recopilación de fallos que permite el estudio de la figura para la elaboración de una legislación futura.

⁵⁵⁰ RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz), op. cit., p. 104

CONCLUSIONES

Los orígenes más remotos de la franquicia comercial se dan en Europa, pero el origen inmediato se encuentra en Estados Unidos. La franquicia comercial es una forma de hacer negocios, un método de comercialización que traspasa las fronteras nacionales, su gran auge se debe al vínculo ideal entre los grandes capitales y la pequeña o mediana empresa, y claro a la amplitud de su objeto aunado a la adaptabilidad de la misma a las condiciones nacionales de cada país. El fenómeno de crecimiento y de expansión que ha experimentado la figura contractual se debe a que es una estrategia de conquista de mercados que se da en el contexto de la globalización económica. La misma comprende intereses económicos y sociales que deben ser atendidos desde el ámbito jurídico.

A pesar de la creciente utilización de la franquicia comercial en el mercado mundial, existe un generalizado vacío legal, por lo cual existe la necesidad de dictar normas que regulen la figura contractual de forma específica tanto a nivel internacional como nacional. Este vacío normativo se ha llenado aplicando analógicamente las regulaciones existentes para contratos similares como lo son: la agencia, la distribución y la representación al contrato de franquicia comercial, que es atípico en razón a esa falta de regulación específica, al menos en Centroamérica y por ende en Costa Rica. En respuesta a esa laguna legal en Costa Rica se da la aplicación analógica de la Ley N^o 6209 al contrato de franquicia comercial en el caso de las franquicias comerciales internacionales; además de su conceptualización por medio de la jurisprudencia.

El contrato de franchising es mercantil, moderno, atípico, sinalagmático, consensual, conmutativo, informal, oneroso, escrito, de adhesión, de tracto sucesivo, donde las partes tienen autonomía jurídica, hay colaboración continua y puede o no ser intuitu personae. En el contrato de franquicia comercial existen dos sujetos : el franquiciador o franquiciante y el franquiciado o franquiciatario, el primero concede al segundo una licencia para el uso de una marca para la oferta, venta y/o distribución de productos o servicios de la marca, lo anterior bajo un plan de operaciones y la asistencia del primero, el segundo acepta el control del primero y le paga además un derecho de entrada y regalías.

La franquicia comercial se define de múltiples formas en razón de sus múltiples variantes; y su naturaleza jurídica no puede ser generalizada, sino que depende de cada país donde se asiente la franquicia comercial, debido a su base consuetudinaria.

Se da una confusión entre el contrato de franquicia comercial y otros contratos de índole comercial con los cuales comparte algunas características; como lo son: la distribución, la agencia, el mandato, la concesión, entre otros; lo anterior a raíz de su atipicidad. Sin embargo, el franchising tiene ciertos elementos diferenciadores que la distinguen de todos esos contratos mercantiles.

A consecuencia de su naturaleza atípica la franquicia comercial puede ser clasificada de diversas formas o bajo distintos criterios, algunos de ellos responden a su objeto, al tipo de exclusividad o a su tamaño. Es importante la división que se hace entre los contratos de franchising de duración determinada y los de duración indeterminada al momento de su terminación o extinción.

Un contrato puede ser ineficaz, o lo que es lo mismo, no producir los efectos jurídicos para los cuales fue celebrado, al darse ya sean supuestos de ineficacia originaria (inicial o intrínseca) o de ineficacia sobreviniente (posterior o extrínseca). La ineficacia originaria encuentra sus causas en el origen del contrato, es decir, al celebrarse el contrato, la típica es la invalidez; pero la ineficacia sobreviniente es posterior al perfeccionamiento del contrato, algunos ejemplos son la resolución, la rescisión y la revocación. La rescisión, la resolución, la invalidez y la revocación son institutos jurídicos que suelen confundirse a nivel doctrinal, jurisprudencial y normativo, debido a la imprecisión terminológica existente; lo anterior sucede tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

La revocación contractual se justifica en el principio de autonomía privada o autonomía de la voluntad, ya que por medio de esta autonomía es que se crean o extinguen los vínculos jurídicos; simplemente con la revocación lo que acontece es que una o ambas partes retiran su voluntad inicial de contratar, con lo cual se extingue el contrato y sus efectos hacia futuro.

La revocación unilateral consiste en la facultad que tiene una parte para terminar el contrato o acto jurídico, por su sola voluntad; esa potestad tiene que ser otorgada a esa parte por medio de la ley o por el contrato, que es ley entre partes. La revocación de un contrato tiene como efecto jurídico principal terminar con el vínculo jurídico y dejar sin efectos hacia futuro al contrato que se revoca.

El franchising puede extinguirse de distintas maneras, una de ellas es la revocación unilateral, que se da cuando una de las partes decide de forma unilateral romper el vínculo jurídico. La práctica normal es que dentro del contrato

de franchising se introduzca una cláusula que otorgue la facultad de terminar el contrato unilateralmente sin expresar causa ni quedar obligada la parte que termina el contrato a resarcir los daños y perjuicios, en la cual se establece algunas veces la obligación de dar un preaviso y algunas veces no; lo que sí es usual es que esa posibilidad sea dada solo al franquiciante o franquiciador y no al franquiciatario o franquiciado. En el caso de los contratos de duración indeterminada además de la cláusula contractual que autoriza, se tiene que dar un preaviso razonable de lo contrario existe la obligación de indemnizar los correspondientes daños y perjuicios que cause el franquiciador al franquiciado; lo anterior se mantiene tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

El franquiciado debe demostrar que la terminación del contrato de franquicia comercial realizada por el franquiciador fue injustificada, para la lograr que este último indemnice daños y perjuicios. Cuando la terminación abrupta del contrato sea imputable al franquiciador este tiene que hacerse cargo del stock que tuviera en poder el franquiciado al momento de la extinción del mismo (art. 2 Ley N° 6209). La cláusula de no competencia sigue válida aún cuando termina el contrato de franchising, sin importar si es o no imputable al franquiciador la extinción de la figura contractual; siempre y cuando sea limitada en cuanto al tiempo, el espacio y la actividad. Existe además dos supuestos frente a los cuales si la terminación del contrato de franquicia comercial es imputable al franquiciador el mismo tiene que dar una indemnización por la clientela, y los supuestos son: cuando la franquicia no era conocida en el territorio y el franquiciado la dio a conocer de forma exitosa y prolongada formando una cartera de clientes, o cuando el franquiciado logra que la clientela crezca de una forma mayor al promedio en el que crece la clientela normalmente de esa franquicia comercial. En cuanto al personal del franquiciado, sólo cabe responsabilidad solidaria por parte del franquiciador cuando se trate de un grupo de interés económico y exista control (art. 16 y 17 Código de Trabajo).

En Costa Rica si la revocación unilateral es de un contrato a plazo indeterminado o indefinido, por jurisprudencia existe la posibilidad de terminarlo por medio de la revocación unilateral, en razón de que nadie está obligado a permanecer en una relación contractual de forma perpetua; la voluntad de terminar el contrato debe ser comunicada a la otra parte por medio de un preaviso con la antelación necesaria, la cual puede estar establecida contractualmente o establecerse de acuerdo a la naturaleza de la relación contractual; lo anterior sin necesidad de ampararse en una causa especial. No tiene que indemnizarse daños y perjuicios.

El período de preaviso usual es de 3 a 6 meses, sin embargo la Ley N° 6209 ya reformada establece un preaviso de 10 meses. La falta de aviso genera responsabilidad y por ende la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, más aún cuando la terminación es injustificada.

En el caso de los contratos de franquicia comercial pactados con plazo definido o de duración determinada, el franquiciador también puede revocarlo de forma unilateral si existe causa justificada sin quedar obligado al pago de una indemnización y mas bien pretendiendo la indemnización por parte del franquiciado; o sin causa justificada obligándose a indemnizar daños y perjuicios. La causa justa en la cual se ampara el sujeto para realizar la revocación unilateral debe encontrarse reconocida en alguna ley.

Se aplica en Costa Rica a falta de legislación específica para la materia, la Teoría General de los Contratos comprendida en el Código Civil costarricense, y al

ser un contrato complejo, novedoso y atípico se aplican los principios generales de responsabilidad civil contractual de forma especial.

Además, la Ley N^º 6209 sobre contratos de agencia, distribución y representación de casas extranjeras se aplica de forma analógica por medio de la jurisprudencia, ésta contempla indemnizaciones en los casos de revocación unilateral injustificada y abrupta. Existe controversia a nivel doctrinal sobre la aplicación analógica de esta ley al contrato de franquicia comercial.

El franquiciado conforme a esa ley puede exigir la reparación integral del daño, tanto patrimonial como extramatrimonial, y de los perjuicios que pruebe si existe dolo de por medio y también lo prueba, sino prueba el dolo se presume la culpa y sólo son indemnizados los daños y perjuicios previsibles. En síntesis el nuevo régimen de protección al representante y distribuidor de casa extranjeras tendrá las siguientes características: 1) Aplicará los principios generales del derecho contractual y será consistente con el principio de libertad contractual; 2) La exclusividad será reconocida únicamente si el contrato explícitamente lo establece; 3) El advenimiento del plazo contractual (terminación de los contratos en la fecha de vencimiento) será justa causa de terminación del contrato (al ser justa causa, no cabe indemnización); 4) En el caso de contratos que no tengan fecha de vencimiento se tendrá como válida (también sin reconocimiento de la indemnización) la terminación anticipada de cualquiera de las partes, mediando un aviso de 10 meses de anticipación; 5) Se establece que la ausencia de una disposición expresa para la solución de disputas en un contrato presume la intención de dirimirla a través del arbitraje.

Sería contrario a la equidad, que cuando una parte como el franquiciador termina de forma unilateral arbitrariamente y de forma abrupta, éste pueda beneficiarse de la inversión y gastos en que incurrió el franquiciado para establecer la franquicia. Sino se encuentra satisfecha la inversión al momento de la terminación se realiza una estimación del monto efectivo razonable que debe cancelársele al franquiciado.

Es necesario analizar cada caso concreto, las cláusulas contractuales, las leyes especiales existentes, la naturaleza de la figura contractual y los principios contractuales de equidad, estabilidad y unidad, para solucionar el tema de la indemnización en el caso de la revocación unilateral del contrato de franquicia comercial realizada por el franquiciador o franquiciante.

En cuanto a la responsabilidad hacia terceros, en principio el franquiciado es el responsable, porque actúa en nombre y por cuenta y riesgo propios; existe responsabilidad contractual entre el franquiciado y el consumidor. El franquiciado sólo puede ser responsable extracontractualmente en los supuestos en que tenga incidencia directa en la fabricación o cuando tenga responsabilidad en vigilando. Según las leyes de tutela a los consumidores, éstos pueden alegar responsabilidad solidaria o directa por parte del franquiciante cuando se pruebe el vicio de diseño.

La revocación unilateral no afecta los derechos adquiridos por terceros, porque además de existir el principio de relatividad de los contratos, la revocación no tiene efectos retroactivos sino hacia futuro.

BIBLIOGRAFIA

Libros

- BAUDRIT CARRILLO (Diego). Teoría General del Contrato. Editorial Juricentro, Segunda Edición, San José, Costa Rica, 1999, pgs 128.
- BESCÓS TORRES (Modesto). Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores. Ediciones Pirámide S.A. Madrid España, 1990.
- CAMPAGNUCCI DE CASO (Rubén H.). El Negocio Jurídico. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, pgs 575.
- CHERVIN DE KATZ (Marta). ¿Qué es el Franchising?. Editorial Albeledo-Perrot, S.A. Buenos Aires, 1995.
- DIAZ BRAVO (Arturo). Contratos mercantiles. Harla S.A, México, 1983, pags 253.
- FARINA (Juan M). Contratos Comerciales Modernos, Modalidad de Contratación de empresa. Editorial Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires, 1997.
- FUENTES VARGAS (Bernal) Y JIMENEZ V. (Fabio). El contrato de Franchising. Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, San José, Costa Rica, 1995. pgs. 180.
- KLEIDERMACHER (Jaime). Franchising: Aspectos económicos y jurídicos. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992

- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACION DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT). Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional. Roma, Italia, 2005. pgs. 285.
- MARTORELL (Ernesto Eduardo). Tratado de los Contratos de Empresa. Ediciones Despalma, Buenos Aires, 1997.
- MARZORATI J. (Osvaldo). Sistema de Distribución Comercial. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990. pgs. 350.
- MENDEZ RAMIREZ (Odilón). La Investigación Científica. Investigaciones Jurídicas, Tercera Edición, San José, Costa Rica, 2006. pgs. 211.
- MEIROVICH DE AGUINIS (Ana María). Contrato de Agencia Comercial. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1991. pgs 149.
- MOSSET ITURRASPE (Jorge). Contratos. Rabinzal- Culzoni Editores, Edición Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1997, pgs 559.
- PEREZ VARGAS (Víctor). Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras. Primera Edición, Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 2005. pgs. 387.
- PEREZ VARGAS (Víctor). Derecho Privado. Tercera Edición, Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 1994. pgs. 514.
- ROMERO PEREZ (Jorge Enrique). Contratos Económicos Modernos. Programa de Modernización de la Administración de Justicia. Editorial Editorama S.A, Primera Edición, San José 1999.

- RUIZ PERIS (Juan Ignacio). El Contrato de Franquicia y las Nuevas Formas de Defensa de Competencia. Editorial Civitas, Madrid, España, 1991.

Tesis

- FLORES BEDOYA (Carolina). Patología del Contrato de Franquicia Comercial. San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.
- GONZALEZ SABORIO (Adriana) Y MONCADA JIMENEZ (Indiana). El Contrato de Franquicia y la Dependencia que crea en el Empresario Franquiciado, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998
- JIMENEZ DURAN (Marelyn). La Rescisión Unilateral de los Contratos, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987
- HILJE CASTILLO (Adriana). El incumplimiento de los Actos Unilaterales en el Mercado de la Protección al Consumidor. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.
- RODRIGUEZ MARIN (Fabiola) Y VINDAS CORDERO (María de la Paz). El Contrato de Franquicia. Vacío legal en la Legislación Costarricense. San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho 2002.
- SOLIS V (Marianella) Y ZUÑIGA CAMPOS (Grace). Derechos y Obligaciones de la Propiedad Intelectual en el Contrato de Franquicia.

San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho,
Universidad de Costa Rica, 2005

Revistas

- GONZALEZ P (Federico). "Sobre Contrato de Franquicia Comercial". Revista Ivstitia. San José, Costa Rica, número 104, Agosto 1995, pgs 13-16.
- PEREZ VARGAS (Víctor). "La regulación de las Franquicias comerciales (Franchising) en Europa y su posible incidencia en América Latina". Revista Judicial. San José Costa Rica, número 56, año XV, diciembre 1990. pgs 144.
- PEREZ VARGAS (Víctor). "Representantes de Casas Extranjeras, Contratos de Distribución y Responsabilidad". Revista Judicial. San José Costa Rica, número 56, junio 1992, pgs 105- 119.
- RIBERA (Carlos Enrique). Franchising. En: Revista IVISTITIA, San José, Costa Rica, Año 3, N° 34
- SOLANO (Carol) Y BARRANTES (Irene). "El Contrato de Franquicia". Revista Hermenéutica. San José Costa Rica, número 8, septiembre 1995, pgs 27-34.

Normativa

- Código de Comercio (1964), 17° Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, julio 2004.

- Código Civil (1886), 10ª Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, marzo 2003.
- Código Penal, 15ª Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, julio 2003.
- Constitución Política de la República de Costa Rica (1949). 23ª Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, marzo 2005.
- Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras-Nº 6209 (1978), Primera Edición, Litografía e Imprenta LIL, S.A San José, Costa Rica, 2005

Sitios en la Red

- <http://www.monografias.com>
- <http://www.franchise.com>
- <http://www.marketing-xxi.com>
- <http://www.todoelderecho.com>

ANEXOS

Anexos 1°

Ley de Protección de representantes de Casas Extranjeras Ley N°6409 (sin reformas)

Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras

Ley N°209 (sin reformas)

Artículo 1°.- Para efectos de esta ley se dan las siguientes definiciones:

- a) "Casa extranjera": persona física o jurídica que, radicada en el extranjero, Realice actividades comerciales en el país, por sí o por medio de sucursales filiales o subsidiarias.
- b) "Representante de casas extranjeras": toda persona física o jurídica que, en forma continua y autónoma,-con o sin representación legal- prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta o distribución de bienes o servicios que casas extranjeras venden o presten en el país.
- c) "Distribuidor exclusivo o codistribuidor": toda persona física o jurídica que, mediante un contrato con una casa extranjera, importe o fabrique en el país bienes para su distribución en el mercado nacional, actuando por cuenta y riesgo propio.
- d) "Fabricante": toda persona física o jurídica que elabore, envase o fabrique en el país, productos con la marca de una casa extranjera que lo haya autorizado para ello, usando la materia prima y las técnicas que esa casa le indique.

Artículo 2º.- Si el contrato de representación, de distribución o de fabricación, es rescindido por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos, la casa extranjera deberá indemnizarlos, con una suma que se calculará sobre la base del equivalente de cuatro meses de utilidad bruta, por cada año o fracción de tiempo servido. El valor de la indemnización en ningún caso se calculará en un plazo superior a los nueve años de servicio.

Para establecer la utilidad bruta de cada mes, se tomará el promedio mensual devengado, durante los cuatro últimos años o fracción de vigencia del contrato, en el caso de los representantes y fabricantes y el promedio de los últimos dos años o fracción, en el caso de los distribuidores.

Artículo 3º.- Cuando se produzca la cancelación de una representación, distribución o fabricante, la casa extranjera representada deberá comprar la existencia de sus productos a su representante, distribuidor o fabricante, a un precio que incluya los costos de esos productos más el porcentaje razonable de la inversión que éste haya hecho. Este porcentaje que (sic*) será determinado por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (sic*) Debe omitirse el "que".

Artículo 4.- Son causas justas para la terminación del contrato de representación, distribución o fabricación, con responsabilidad para la casa extranjera:

- a) Los delitos cometidos por personeros suyos contra la propiedad y el buen nombre del representante, distribuidor o fabricante.
- b) La cesación de actividades de la casa extranjera, salvo que se deba a fuerza mayor.
- c) Las restricciones injustificadas en las ventas, impuestas por la casa extranjera, que resulten en una reducción del volumen de las transacciones que efectuaba su representante, distribuidor o fabricante.

- d) La falta de pago oportuno de las comisiones u honorarios devengados por el representante, distribuidor o fabricante.
- e) El nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante, cuando los afectados han ejercido la representación, distribución o fabricación en forma exclusiva.
- f) Toda modificación unilateral, introducida por la casa extranjera a su contrato de representación, distribución o fabricación, que lesione los derechos o intereses de su representante, distribuidor o fabricante.
- g) Cualquier otra falta grave de la casa extranjera que lesione los derechos y obligaciones contractuales o legales que tiene con su representante, distribuidor o fabricante".
- h) Cuando una casa extranjera cambie de domicilio, razón social, se transforme, se subdivida, cambie de objeto, lo mismo que se fusione con otra o sea absorbida por otra no es causa de terminación del contrato de representación, agencia o distribución. La empresa con la cual se hubiere fusionado, la hubiese absorbido o haya sido autorizada para el uso de las marcas, responderá solidariamente hasta por el monto de la indemnización en los mismos términos, pudiendo por lo tanto el concesionario ejercer las mismas acciones que otorga esta ley contra las cuales se hubiese fusionado, la hubiese absorbido o contra cada una de las subdivisiones en que se hubiese desdoblado la empresa o recibido la autorización para el uso de la marca.

(Así adicionado por ley N°3333 de 7 de junio de 1979)

Artículo 5º.- Son causas justas de terminación del contrato de representación, distribución, o fabricación, sin ninguna responsabilidad para la casa extranjera:

- a) Los delitos contra la propiedad y el buen nombre de la casa extranjera, cometidos por el distribuidor o por el fabricante.
- b) La ineptitud o negligencia del representante, distribuidor o fabricante, declarada por uno de los jueces del domicilio de éste, así como la disminución o el

estancamiento prolongado y sustancial de la ventas, por causas imputables al representante, distribuidor o fabricante. La fijación de cuotas o restricciones oficiales a la importación o venta del artículo o servicio, hará presumir la inexistencia del cargo en contra del representante, distribuidor o fabricante, salvo prueba en contrario.

(Así reformado por ley N°6333 de 7 de junio de 1979)

c) La violación, por parte del representante, del distribuidor o del fabricante del secreto profesional y de fidelidad a la casa extranjera, mediante la revelación de hechos, conocimientos o técnicas concernientes a la organización, a los productos y al funcionamiento de la casa extranjera, adquiridos durante las relaciones comerciales con ésta.

d) Cualquier otra falta grave del representante, del distribuidor o del fabricante con respecto a sus deberes y obligaciones contractuales o legales con la casa extranjera.

Artículo 6º.- La persona física o jurídica que asume total o parcialmente cualquier actividad comercial que antes ejercía una casa extranjera a través de un representante, distribuidor o fabricante, responderá de la continuidad del contrato de representación, distribución o fabricación, salvo que la casa extranjera hubiera cubierto, previamente la indemnización correspondiente.

(*) Artículo 7º.- La Jurisdicción de los tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta ley, serán irrenunciables.

(*) ANULADO parcialmente por resolución de la Sala Constitucional N° 10.352 de las 14:58 horas de 22 de noviembre de 2000. Esta sentencia fue aclarada a su vez por el voto N° 2655 del 4 de abril de 2001, en el sentido de que la inconstitucionalidad allí declarada lo es en relación con la consulta sobre la que versa y, por ello, "únicamente en tanto se aplique como prohibición para someter a

arbitraje las diferencias patrimoniales que surjan entre las partes con motivo del contrato de representación. En lo demás, el artículo no ofrece roces de constitucionalidad.

Artículo 8º.- Los derechos y obligaciones originados en esta ley prescribirán en el término de dos años, contados a partir del hecho que motiva el reclamo.

Artículo 9º.- Las indemnizaciones previstas en esta ley deberán ser pagadas en un pago único y total, inmediatamente después de terminado el contrato o cuando quede firme el fallo judicial condenatorio si lo hubiere. La casa extranjera deberá rendir una garantía sobre el total de la indemnizaciones reclamadas por el representante, el distribuidor o el fabricante, cuyo monto será determinado por el Juez. Si no lo hiciere, el Ministerio de Hacienda suspenderá, a solicitud del demandante, toda clase de importación, de los productos de la citada casa extranjera.

Artículo 10.- Para efectos de esta ley, la antigüedad de los contratos de representación, distribución o fabricación de hecho, se computará desde el inicio de las relaciones entre las partes.

Artículo 11.- Derógase la ley N° 4684 del treinta de noviembre de mil novecientos setenta.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

I.-Para efectos de esta ley, la vigencia de los contratos de representación, distribución o fabricación existentes, se mantendrán desde la fecha de su celebración.

II.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley, en un plazo no mayor de ciento veinte días, a partir de su publicación.

Anexos 2°

Ley de Protección de representantes de Casas Extranjeras Ley N° 6409 con las reformas del proyecto de ley N° 16.116

Ley de Protección de representantes de Casas Extranjeras Ley N° 6409 con las reformas del proyecto de ley N° 16.116

Artículo 1°.- Para efectos de esta ley se dan las siguientes definiciones:

- a) "Casa extranjera": persona física o jurídica que, radicada en el extranjero, realice actividades comerciales en el país, por sí o por medio de sucursales filiales o subsidiarias.
- b) "Representante de casas extranjeras": toda persona física o jurídica que, en forma continua y autónoma, -con o sin representación legal- prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta o distribución de bienes o servicios que casas extranjeras venden o presten en el país.
- c) "Distribuidor exclusivo o codistribuidor": toda persona física o jurídica que, mediante un contrato con una casa extranjera, importe o fabrique en el país bienes para su distribución en el mercado nacional, actuando por cuenta y riesgo propio.
- d) "Fabricante": toda persona física o jurídica que elabore, envase o fabrique en el país, productos con la marca de una casa extranjera que lo haya autorizado para ello, usando la materia prima y las técnicas que esa casa le indique.

Artículo 2°.- Si el contrato de representación, de distribución o de fabricación, es rescindido por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere

prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos, la casa extranjera deberá indemnizarlos, con una suma que se calculará sobre la base del equivalente de cuatro meses de utilidad bruta, por cada año o fracción de tiempo servido. El valor de la indemnización en ningún caso se calculará en un plazo superior a los nueve años de servicio.

Para establecer la utilidad bruta de cada mes, se tomará el promedio mensual devengado, durante los cuatro últimos años o fracción de vigencia del contrato, en el caso de los representantes y fabricantes y el promedio de los últimos dos años o fracción, en el caso de los distribuidores.

DEROGADO

VER: ART 10 BIS.

Artículo 3º.- Cuando se produzca la cancelación de una representación, distribución o fabricante, la casa extranjera representada deberá comprar la existencia de sus productos a su representante, distribuidor o fabricante, a un precio que incluya los costos de esos productos más el porcentaje razonable de la inversión que éste haya hecho.

Este porcentaje será determinado por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Artículo 4º.- Son causas justas para la terminación del contrato de representación, distribución o fabricación, **CON** responsabilidad para la casa extranjera:

- a) Los delitos cometidos por personeros suyos contra la propiedad y el buen nombre del representante, distribuidor o fabricante.
- b) La cesación de actividades de la casa extranjera, salvo que se deba a fuerza mayor.

c) Las restricciones injustificadas en las ventas, impuestas por la casa extranjera, que resulten en una reducción del volumen de las transacciones que efectuaba su representante, distribuidor o fabricante.

d) La falta de pago oportuno de las comisiones u honorarios devengados por el representante, distribuidor o fabricante.

e) El nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante, cuando los afectados han ejercido la representación, distribución o fabricación en forma exclusiva, **y tal exclusividad ha sido pactada expresamente en el respectivo contrato**

f) Toda modificación unilateral, introducida por la casa extranjera a su contrato de representación, distribución o fabricación, que lesione los derechos o intereses de su representante, distribuidor o fabricante.

g) Cualquier otra falta grave de la casa extranjera que lesione los derechos y obligaciones contractuales o legales que tiene con su representante, distribuidor o fabricante.

h) Cuando una casa extranjera cambie de domicilio, razón social, se transforme, se subdivida, cambie de objeto, lo mismo que se fusione con otra o sea absorbida por otra no es causa de terminación del contrato de representación, agencia o distribución. La empresa con la cual se hubiere fusionado, la hubiese absorbido o haya sido autorizada para el uso de las marcas, responderá solidariamente hasta por el monto de la indemnización en los mismos términos, pudiendo por lo tanto el concesionario ejercer las mismas acciones que otorga este ley contra las cuales se hubiese fusionado, la hubiese absorbido o contra cada una de las subdivisiones en que se hubiese desdoblado la empresa o recibido la autorización para el uso de la marca.

(Así reformado por ley N° 6333 de 7 de junio de 1979)

i) La terminación del contrato antes del vencimiento del plazo acordado por las partes o no otorgar el aviso previo establecido en el contrato.

j) La terminación del contrato no notificada al representante, distribuidor o fabricante con al menos diez meses de anticipación, cuando el contrato no indique fecha de vencimiento o en ausencia de disposición respecto al aviso previo

Artículo 5º.- Son causas justas de terminación del contrato de representación, distribución, o fabricación, **SIN** ninguna responsabilidad para la casa extranjera:

a) Los delitos contra la propiedad y el buen nombre de la casa extranjera, cometidos por el distribuidor o por el fabricante.

b) La ineptitud o negligencia del representante, distribuidor o fabricante, declarada por uno de los jueces del domicilio de éste, así como la disminución o el estancamiento prolongado y sustancial de la ventas, por causas imputables al representante, distribuidor o fabricante. La fijación de cuotas o restricciones oficiales a la importación o venta del artículo o servicio, hará presumir la inexistencia del cargo en contra del representante, distribuidor o fabricante, salvo prueba en contrario. (Así reformado por ley N°6333 de 7 de junio de 1979)

c) La violación, por parte del representante, del distribuidor o del fabricante del secreto profesional y de fidelidad a la casa extranjera, mediante la revelación de hechos, conocimientos o técnicas concernientes a la organización, a los productos y al funcionamiento de la casa extranjera, adquiridos durante las relaciones comerciales con ésta.

d) Cualquier otra falta grave del representante, del distribuidor o del fabricante con respecto a sus deberes y obligaciones contractuales o legales con la casa extranjera.

e) La terminación del contrato al vencimiento del plazo acordado por las partes u otorgando el aviso previo establecido en el contrato.

f) La terminación del contrato notificada al representante, distribuidor o fabricante con al menos diez meses de anticipación, cuando el contrato no

indique fecha de vencimiento o en ausencia de disposición respecto al aviso previo

Artículo 6º.- La persona física o jurídica que asume total o parcialmente cualquier actividad comercial que antes ejercía una casa extranjera a través de un representante, distribuidor o fabricante, responderá de la continuidad del contrato de representación, distribución o fabricación, salvo que la casa extranjera hubiera cubierto, previamente la indemnización correspondiente.

Artículo 7º.- La Jurisdicción de los tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta ley, serán irrenunciables.

Artículo 7.- Los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta

Ley, serán irrenunciables.

La ausencia de una disposición expresa en un contrato de representación, distribución o fabricación para la solución de disputas, presumirá que las partes tuvieron la intención de dirimir cualquier disputa por medio de arbitraje vinculante. Dicho arbitraje podrá desarrollarse en Costa Rica. No obstante, la presunción de la intención de someter una disputa a arbitraje no aplicará cuando una de las partes objete el arbitraje.

Artículo 8º.- Los derechos y obligaciones originados en esta ley prescribirán en el término de dos años, contados a partir del hecho que motiva el reclamo.

Artículo 9º.- Las indemnizaciones previstas en esta ley deberán ser pagadas en un pago único y total, inmediatamente después de terminado el contrato o cuando quede firme el fallo judicial condenatorio si lo hubiere.

La casa extranjera deberá rendir una garantía sobre el total de las indemnizaciones reclamadas por el representante, el distribuidor o el fabricante, cuyo monto será determinado por el Juez. Si no lo hiciere, el Ministerio de Hacienda suspenderá, a solicitud del demandante, toda clase de importación, de los productos de la citada casa extranjera.

DEROGADO

VER: ART 10 BIS.

Artículo 10.- Para efectos de esta ley, la antigüedad de los contratos de representación, distribución o fabricación de hecho, se computará desde el inicio de las relaciones entre las partes

Artículo 10 bis.- Daños y perjuicios. Cuando, con fundamento en alguna de las disposiciones de esta Ley, se reclame alguna indemnización por daños y perjuicios, deberá resarcirse íntegramente la lesión patrimonial causada o la que necesariamente pueda causarse, como consecuencia directa e inmediata de la infracción de la norma o de la violación del derecho subjetivo, con arreglo a los principios de la equidad y la sana crítica.

En esta materia, serán de aplicación las reglas del Código Civil.

En el proceso tendiente a la obtención de una indemnización al amparo de esta Ley, el juez podrá, a petición de parte, fijar una garantía prudencial, que será proporcional al monto de la indemnización reclamada, cuando sumariamente se acreditare que la parte respecto a la cual se pide la garantía no cuenta con bienes suficientes en el país para responder por una eventual sentencia condenatoria.

La garantía deberá consistir en un depósito en efectivo o en valores de comercio a la orden del juzgado; en este último caso, su valor se apreciará

por el que tengan en plaza, a juicio del juez. El juez prevendrá sobre el depósito de la garantía a la parte requerida en el plazo que fijará al efecto, bajo el apercibimiento de no oír sus posteriores gestiones en caso de omisión

Artículo 11º.- Derógase la ley N° 4684 del treinta de noviembre de mil novecientos setenta.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

I.-Para efectos de esta ley, la vigencia de los contratos de representación, distribución o fabricación existentes, se mantendrán desde la fecha de su celebración.

II.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley, en un plazo no mayor de ciento veinte días, a partir de su publicación.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

TRANSITORIO ÚNICO.- La DEROGATORIA DE LOS ARTÍCULOS 2 y 9 de la Ley N° 6209, de 9 de marzo de 1978, Y SUS REFORMAS, no podrá menoscabar ningún derecho adquirido, cuando sea aplicable, derivado de esa legislación o de un contrato o relación comercial establecidos antes de la publicación de esta Ley.