

CONTRATOS MERCANTILES.

EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Nota: Se advierte que se sigue en este esquema de clase a los Profesores **CARLOS GILBERTO VILLEGAS, CONTRATOS MERCANTILES Y BANCARIOS, TOMO I, CONTRATOS MERCANTILES**, Edición del Autor, 1 edición, Buenos Aires, Argentina, 2005"; y **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ, CONTRATOS ECONÓMICOS MODERNOS**.

I. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA FRANQUICIA Y DEL NOMBRE DEL CONTRATO.

- 1.- La palabra Franquicia es un término de origen confuso. Etimológicamente "franchise" significa libre de servidumbre.
- 2.- Durante la Edad Media es sinónimo de privilegio que daban los gobernantes a ciertas ciudades en cuanto al pago de tributos.
- 3.- En el siglo XVII "los cerveceros alemanes obtienen franquicias comerciales por las cuales se contrataba con los taberneros la venta de ciertas cervezas de modo exclusivo".
- 4.- Actualmente "franquicia" también significa algún beneficio aduanero o privilegio administrativo y no especial o únicamente un "sistema de distribución comercial".
- 5.- Fueron los ingleses los que denominaron "franchising" a este contrato, y los franceses "franchise". En español se usa "franquicia comercial".

II. DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

- 1.- La primera franquicia que se conoce se dio entre 1850 y 1860, con la Singer Maching Co, empresa que cobraba a los vendedores una cierta cantidad de dinero para poder tener derecho de vender sus máquinas de coser.
- 2.- Luego siguieron vehículos, compañías petroleras (estaciones de servicio) e incluso la Coca Cola, y así hasta llegar a helados, supermercados, hamburguesas, etc.
- 3.- Es un medio idóneo para que las grandes empresas puedan extender sus negocios a latitudes adicionales sin tener que realizar inversión en la creación de sucursales o filiales.

Se trata de empresas que son titulares de "...un modelo o patrón de organización, esquemas de

CONTRATOS MERCANTILES. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

instalación y modalidades de prestación de servicios y de ciertos elementos distintivos frente al público (marca, nombre, insignia, emblema), que aplica a una “línea” o “cadena de establecimientos” sobre un amplio territorio...” Así entonces, se tiene un conjunto de establecimientos que no pertenecen al mismo dueño pero que “...proporcionan a la cadena individualidad frente al público.” Sergio La Pera, Cuestiones de Derecho Comercial Moderno, citado por Carlos Gilberto Villegas, p. 773. (El subrayado es nuestro).

- 4.- Para el empresario local, por su parte, es el medio idóneo para desarrollar actividades de un éxito ya comprobado, tanto en su realización práctica como en sus elementos constitutivos, con lo cual reduce el “riesgo empresario”.
- 5.- Es, entonces, un contrato en el que se benefician ambas partes puesto que se trata de un negocio probado y experimentado bajo la imagen de una marca homogénea, por lo que el franquiciado no ocupa tener que realizar estrategias de mercadeo o penetración de mercado, pero que se caracteriza porque el franquiciante es el que impone las reglas a seguir.
- 6.- Aunque el franquiciado es un empresario independiente se integra en la red del franquiciante “como si fuera una sucursal”, siendo que la red permite la distribución masiva de los productos y la prestación, masiva también, de los respectivos servicios en forma eficiente.
- 7.- La idea es que se dé el mismo servicio en todas partes, de modo que el usuario o consumidor del bien no encuentre ninguna diferencia.

III. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.
--

- 1.- La franquicia se puede definir como el contrato que **“...comprende la transferencia de una técnica especial para administrar y conducir un negocio determinado, o para producir o elaborar un producto, para lo cual el papel del franquiciante no se limita a la transferencia de una marca, nombre y emblemas, sino que comprende la transmisión de un *know how* determinado y como natural consecuencia una permanente asistencia técnica al franquiciado, primero para que éste pueda aprender esa nueva técnica o método de producción o de prestación de un servicio, y además para que esos conocimientos se vayan fortaleciendo y expandiendo.”** Carlos Gilberto Villegas, p. 776.
- 2.- Conforme el Considerando VI de la Resolución No. 73 de 1996 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: “La contratación verificada entre las partes constituye un contrato mercantil moderno. Es el de franquicia. Ese tipo de convenio no está regulado por nuestro ordenamiento. Siguiendo la doctrina y los principios generales del Derecho mercantil puede ser identificado jurisprudencialmente (Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es un contrato de concesión mercantil. En él un empresario concedente, llamado franquiciante, se obliga a otorgar a un empresario concesionario, denominado también como franquiciado, la distribución de sus

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.derechocomercial-cr.com

Esta clase solo puede ser utilizada para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.

CONTRATOS MERCANTILES. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

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

- 3.- Se suele distinguir tres modalidades diferentes de franquicias:
 - a. Franquicia industrial, que versa sobre la fabricación de productos.
 - b. Franquicia de distribución, que versa sobre la venta de productos.
 - c. Franquicia de servicios, que versa sobre la prestación de servicios. Ejemplo, los “rent a car”.
- 4.- En general se trata de un contrato muy complejo que se puede caracterizar como consensual, autónomo, bilateral, oneroso, principal, de cooperación o colaboración contractual y empresarial, intuitu personae, uniforme, atípico, de tracto sucesivo, generalmente de adhesión.
- 5.- Es un contrato que no está regulado en nuestro Código de Comercio, por ello es importante que al redactarse un contrato de este tipo se prevea con detalle las obligaciones y derechos de las partes.
- 6.- Se da entre dos partes jurídica y económicamente independientes, si bien es cierto que entre ellas podría decirse que hay una relación de control contractual. (En el sentido de la falta de independencia ver la Resolución 825-F-2006 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

Las partes son, el franquiciante, franquiciador u otorgante, por un lado; y el franquiciado por el otro.

En nuestro concepto esto es lo que haría que no haya vinculación jurídica laboral entre los empleados del franquiciante y el franquiciado. Un punto importante de analizar es la situación

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.derechocomercial-cr.com

Esta clase solo puede ser utilizada para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.

CONTRATOS MERCANTILES. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

que se presenta cuando el franquiciante presta ayuda al franquiciado en la selección de personal.

El contrato establece entre las partes una relación continua de distribución en cuya virtud el franquiciado se integra a la “red comercial” del franquiciante.

- 7.- El contrato de franquicia supone que el franquiciante otorgue al franquiciado licencia de uso de sus derechos de propiedad intelectual relacionados con el contrato.
- 8.- Pero más importante que ello es la transmisión del Know How (conocimiento sobre procedimientos y técnicas comerciales e industriales, así como experiencias) del franquiciante al franquiciador; esto diferencia a este contrato de la pura licencia o de la concesión.

Los conocimientos a que se ha hecho referencia podrían o no estar patentados, y pueden ser, por ejemplo, sobre la forma en que se elaboran los productos, la forma de prestación de servicios, la forma de presentar productos o servicios al consumidor, la publicidad que se ha de usar, etc.

El franquiciante generalmente asume la obligación de entrenar al franquiciado, como una forma de transmisión de los conocimientos y tratar así de garantizar el éxito del franquiciado.

- 9.- En virtud de lo anterior, el franquiciado queda sujeto al control por parte del franquiciante, así como se beneficia, por contrasentido, de la asistencia técnica que este ha de darle no solo para iniciar la relación contractual sino también durante su existencia.

La asistencia referida ha de ser permanente y puede abarcar cosas como la elección del local, su construcción, equipamiento, elección y uso de métodos contables, etc.

- 10.- Dado que es un contrato oneroso, el franquiciado ha de pagar al franquiciante, conforme se pacte, un “royalty” o “regalía” por ingresar a la cadena, más alguna suma que se ha de convenir en forma periódica, mensualmente por ejemplo y que podría consistir en un porcentaje sobre las ventas u operaciones llevadas a cabo por el franquiciado; amén de lo que hubiere que pagar por los bienes o servicios que le preste el franquiciante al franquiciado, como entrenamientos, por ejemplo.

- 11.- Dos elementos adicionales suelen existir en este tipo de contrato, a saber, la delimitación de un ámbito geográfico en el cual el franquiciado podrá desarrollar sus actividades (nacional o internacionalmente) y la existencia de un pacto de exclusividad que puede ser en doble sentido: Que el franquiciante no suscriba otro contrato de franquicia con otro franquiciado para ser operado en la misma zona geográfica y que el franquiciado se dedique únicamente a fungir como franquiciado y no desarrollar actividades que compitan con la actividad.

- 12.- Este tema de la exclusividad es importante sobre todo para cuando termine el contrato de franquicia y se tenga que analizar la posibilidad de una indemnización a favor del franquiciado

CONTRATOS MERCANTILES. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

sobre todo si el contrato lo ha terminado el franquiciante sin darle un preaviso razonable.

13.-El contrato ha de tener un plazo que al menos posibilite al franquiciado la recuperación de la inversión que ha hecho o que tendrá que hacer para cumplir sus obligaciones con el contrato. En todo caso, es un asunto de resorte de las partes.

14.-En estos contratos, en términos generales el franquiciante se obliga a:

- a) Garantizar que se solucionen los problemas relacionados con la comercialización de sus productos (derechos de propiedad industrial o intelectual).
- b) Mantener la tecnología actualizada y apta (know how) y en condiciones de competitividad.
- c) Mantener una política de precios que haga “rentable” el contrato para el franquiciado.
- d) Indemnizar al franquiciado por reclamaciones que hagan terceros derivados de daños imputables al franquiciante.
- e) Proporcionar un sistema operativo de supervisión y control que respete la exclusividad otorgada al franquiciado.

15. El franquiciado, por su parte, y siempre en términos generales, se obliga a:

- a) Correr con el riesgo de empresa inherente a él.
- b) Aprovisionarse de un mínimo de productos.
- c) Respetar los estándares de calidad en presentación, venta y precio del producto y servicio, siguiendo las instrucciones sobre producción, comercialización y administración que establezca el franquiciante.
- d) Actuar dentro de los límites territoriales de la franquicia concedida.
- e) Aceptar el control e inspección que le imponga el otorgante de la franquicia.
- f) Pagar los royalties o regalías y en general, todo lo que deba pagar conforme el contrato.

IV. EL CONTRATO DE FRANQUICIA, LA COMPETENCIA Y EL CONSUMIDOR.

1.- Por lo dicho, en la Unión Europea se ve al Contrato de Franquicia como un modo de favorecer el ingreso de nuevos competidores en un mercado, sobre todo de pequeños y medianos competidores; y la vez, como un mecanismo que favorece al consumidor al poner a su disposición una red de distribución con un empresario que, siendo el dueño del negocio específico, tiene interés personal en que el mismo sea un éxito. Además de que el consumidor se verá beneficiado con la calidad standarizada de los bienes y servicios que se ponen a sus disposición, sin dejar de contar con el hecho de que tendrá mayor cantidad de bienes y servicios a su disposición.

2.- No obstante, sí se ha discutido sobre algunas cláusulas que suelen contener este tipo de contratos a la luz de la normativa sobre prácticas monopolísticas y competencia desleal, y en resumen se ha

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.derechocomercial-cr.com

Esta clase solo puede ser utilizada para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.

**CONTRATOS MERCANTILES.
EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

establecido, *en términos generales*, que:

- a) No violenta las normas sobre competencia las cláusulas conforme las cuales: Se prohíbe al franquiciado dar a conocer el know how que el franquiciante le reveló; se organiza el control al cual se sujeta el franquiciado por parte del franquiciante “para preservar la identidad y la reputación de la cadena que viene simbolizada por la enseña”; la comunicación por parte del franquiciante al franquiciado de unos precios indicativos de venta “siempre que no haya entre ambos o entre los franquiciados mismos una práctica concertada en vista a la aplicación efectiva de esa política de precios”; pero
 - b) Sí violenta las normas sobre competencia las cláusulas conforme las cuales: Se haga un reparto de mercados entre franquiciador y franquiciado;
- 3.- Un análisis de estos temas a la luz de los arts. 10 y siguientes de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, está aún pendiente en Costa Rica.
- 4.- Por otra parte, también es un tema a discutir si, frente al consumidor, en caso de que este sufra un daño, el franquiciante se vería obligado a responder. En nuestro concepto, se aplicaría el art. 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.