

CONTRATOS MERCANTILES.

III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO INFORMES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DICTAMEN C-283 DE 21 DE AGOSTO DE 2007

21 de agosto de 2007

Doctor
Carlos H. Lépiz Jiménez
Director Ejecutivo
Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada
Ministerio de Educación Pública

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, me es grato referirme a su oficio n.º CONESUP-AJ-112-07, del 7 de marzo del año en curso, a través del cual nos pone en conocimiento del acuerdo adoptado unánimemente por parte del Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada (en adelante CONESUP), en el artículo 47 de la sesión n.º 572-2007, celebrada el 31 de enero del 2007, a fin de que “se consulte si procede que una Sede Regional o Aula Desconcentrada se administre por medio del contrato de franquicia comercial, u otra figura distinta a la que le dio origen a la universidad privada”.

En su oficio se nos hace saber también que ante la asesoría jurídica del CONESUP se han recibido solicitudes de las universidades privadas en ese sentido, a fin de crear nuevas Sedes Regionales y Aulas Desconcentradas a través de una figura jurídica distinta a la que en un inicio se registró ante el CONESUP (cuando se creó la universidad privada).

Se busca que con el contrato de franquicia las universidades privadas entreguen la administración total, que comprendería: “realizar la matrícula de los estudiantes, realizar los cobros y pagos, aportar las instalaciones, mediante contrato de alquiler, realizar la contratación

**CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

y pago de docentes y los trámites ante el CONESUP, hacerse cargo de la promoción y publicidad”. En contraprestación, el franquiciado pagaría a la universidad privada una suma fijada entre las partes. Con este modelo, se afirma, “los estudiantes, académicamente son de la Universidad y financieramente son administrados a la otra parte.”

I.- Criterio de la asesoría jurídica del órgano consultante.

Con ocasión de lo prevenido en nuestro oficio ADPb-746-2007, del 19 de marzo del año en curso, recibimos el pasado 10 de abril su oficio CONESUP-AJ-147-07, en el que se nos adjunta el criterio jurídico del CONESUP.

Según el cual, de los numerales 12 en sus apartados a, b, y c y 37 del Reglamento General del CONESUP, Decreto Ejecutivo n.º 29631-MEP, del 18 de junio del 2001, no se desprende de forma clara si las universidades privadas pueden utilizar el contrato de franquicia comercial para administrar sus Sedes Regionales o Aulas Desconcentradas, pues por lo que se refiere al primer artículo, únicamente menciona que la solicitud para la creación de nuevas universidades privadas debe contener el nombre de la entidad gestionante y la personería jurídica para que de esta forma la universidad que se pretende aprobar entre en funcionamiento.

En tanto que el artículo 37 del mismo reglamento solo menciona la posibilidad de desconcentrar actividades académico-docentes a través de las figuras de la Sede Regional y del Aula Desconcentrada, haciendo alusión a la dependencia que tendrán éstas de la sede central. Con lo que surgen las siguientes interrogantes: ¿qué pasa con la parte financiera?, ¿en caso de existir una declaratoria de quiebra judicial a quién le correspondería asumir a los estudiantes? Por lo que concluye diciendo, que en aras de “garantizar el interés público y evitar circunstancias perjudiciales en un futuro a los estudiantes, Instituciones Públicas (Tributación Directa, Caja Costarricense del Seguro Social, entre otros) y a la sociedad civil en general, es que la universidades privadas tanto en la Sede Central como en las Sedes Regionales o Aulas Desconcentradas, se administren por el mismo ente jurídico que le dio origen ante el CONESUP.”

En ese entendido, para poder dar respuesta a su consulta es necesario referirse antes a dos aspectos fundamentales: la naturaleza del contrato de franquicia que es sobre el que versa fundamentalmente su consulta, ya que no se precisan las otras figuras jurídicas distintas a través de las cuales se podrían administrar las Aulas Desconcentradas o Sedes Regionales y las facultades de ordenación administrativa del CONESUP.

II.- Naturaleza del contrato de franquicia

El contrato de franquicia comercial o franchising, como se le conoce en el derecho comparado, consiste en un contrato en virtud del cual una de las partes denominada franquiciante u

- 3 -

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la
Procuraduría General de la República

otorgante titular de un nombre comercial y de un producto o servicio exitoso comercialmente identificado, contrata con la otra llamado franquiciado o tomador, los derechos y obligaciones para comercializar dichos bienes o servicios haciéndolo con la marca, imagen comercial y métodos operativos de la primera. El tomador como contraprestación deberá abonar una suma inicial de ingreso o entrada (canon), y otra periódica prestablecida durante la vigencia del contrato (royalty). De manera que la relación se establece entre el titular del negocio acreditado y exitoso (franquiciante), que desea ampliar su operatoria con uno o varios franquiciados, a los que permitirá mientras dure la relación contractual el uso del nombre comercial y la marca del producto o servicio, así como del know how del negocio. (1)

Si bien a la franquicia se le considera un contrato atípico por carecer de un régimen legal específico, de manera que “su contenido no se encuentra regulado por ley” (en ese sentido, nuestro dictamen C-107-2006, del 13 de marzo del 2006); ello no ha impedido su reconocimiento pretoriano en el ordenamiento jurídico costarricense, como así lo podemos constatar de la sentencia n.º73, de las 15:40 horas del 17 de julio de 1996, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la que pasa a desarrollar su contenido, naturaleza y principios que le son aplicables:

“VI. La contratación verificada entre las partes constituye un contrato mercantil moderno. Es el de franquicia. Ese tipo de convenio no está regulado por nuestro ordenamiento. Siguiendo la doctrina y los principios generales del Derecho mercantil puede ser identificado jurisprudencialmente (Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es un contrato de concesión mercantil. En él un empresario concedente, llamado franquiciante, se obliga a otorgar a un empresario concesionario, denominado también como franquiciado, la distribución de sus productos o servicios, o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos exclusivos. En contrapartida recibe una retribución, denominada en el **common law** como **royalty**. Esta puede consistir en un precio o porcentaje fijo o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus 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 ésto evita costosas estructuras administrativas y elude responsabilidades de diverso orden.

(1) LÓPEZ CABANA, Roberto M (Coord.). Contratos especiales del siglo XXI. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p.34-36 y 77-88.

**CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

En ambos las partes fijan un plazo, y a falta de éste se entiende indefinido. Por principio general, en ambos casos, quien incumple debe indemnizar. La diferencia principal entre ambos, señalada en el sistema del **common law** está en el **know how** o **saber como** en español. El franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa entregando los manuales operativos y de funcionamiento necesarios. Transmite todo el conocimiento indispensable para la explotación comercial.”

Conforme a lo anterior, nos encontramos en presencia de un contrato de naturaleza mercantil, atípico aunque reconocido jurisprudencialmente bilateral-sinalagmático. El fallo anterior y la doctrina coinciden también en cuanto a su objeto: el franquiciante permite al franquiciado el uso de un nombre o marca comercial para que lo use y explote, en nombre y por cuenta propia, contra el pago de un derecho de entrada o de regalías, o de ambas cosas. Del mismo modo, el franquiciante se obliga a proveer, asistir y entrenar al franquiciado de modo permanente y brindarle toda la colaboración técnica que éste requiera para el éxito de su negocio; es decir, el *know how* a que hace referencia la Sala de Casación. Como contrapartida, la cesión de ese “saber como” conlleva la obligación del franquiciado de no divulgar en forma alguna los secretos que han causado el éxito mercantil de la red del franquiciante, por lo que aquél debe acogerse a las reglas, directivas y cláusulas contractuales que el franquiciante le imponga y de ahí su calificación también como contrato de adhesión. (2)

Así, “si bien contratan dos empresas autónomas, la relación es piramidal entre el franquiciante y los distintos franquiciados, a los que aquél licencia el uso de nombre y marcas, presta asistencia técnica para la instalación, e instrucción precisa para operar el modelo de acuerdo a métodos establecidos, de los que no deberá apartarse bajo pena de incumplimiento.” (3)

Atendiendo al tipo de actividad consultada la enseñanza universitaria la variante que nos interesa dentro de esta clase de contratos es la denominada franquicia de servicio.

De manera que, si aplicamos las consideraciones anteriores al caso que se somete a nuestra consideración, tendríamos un contrato en virtud del cual una entidad franquiciada estaría administrando las carreras universitarias en un espacio geográfico o físico exclusivo bajo la marca, el nombre comercial y las instrucciones o directivas como realizar la matrícula, realizar los cobros y pagos, aportar las instalaciones, contratar al personal docente y demás requerimientos que se nos mencionan en su consulta de la universidad privada franquiciante y autorizada ante el CONESUP. En contraprestación esta última recibiría de aquella una suma

(2) Ver al respecto, GONZÁLEZ P. Federico. Sobre el contrato de franquicia comercial. /En/ IVSTTTIA (agosto, 1995), n.º 104, año 9, p.13-16.

(3) LÓPEZ CABANA, Roberto M (Coord.). Contratos especiales del siglo XXI... p.35.

- 5 -

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
Dictámenes y Opiniones Jurídicas de la
Procuraduría General de la República

fija de entrada o una regalía mensual que como apuntó la Sala Primera en la sentencia transcrita, puede consistir en un precio o porcentaje fijo sobre sus ingresos, al igual que una serie de ventajas indirectas que benefician los rendimientos y la posición en el mercado de la universidad privada franquiciante.

Las ventajas que se derivan de esta forma contractual son claras para ambas partes. Tratándose del franquiciado, explota y aprovecha una creación ajena (en este caso el éxito del nombre o marca comercial de la universidad privada) que ya ha probado ser exitosa en la práctica, con lo cual su riesgo empresarial disminuye ostensiblemente. Para el franquiciante la ventaja estriba en ampliar o potenciar su negocio a través de la inversión de terceros, que llevan el nombre y el servicio a una escala de otra forma inalcanzable, sin perder el control y la supervisión de su operatoria, pudiendo extenderlo internacionalmente o a zonas del mismo país, que de otro modo no llegaría. (4)

No se puede perder de vista, de lo dicho hasta ahora, el fin de lucro que se persigue con esta clase de contratos, derivado precisamente de su naturaleza mercantil. Lo cual, aún tratándose de la enseñanza superior universitaria, no roza con el interés público que hay intrínseco en ella, como así lo dejó sentado la Sala Constitucional en el voto n.º 7494-97, de las 15:45 horas del 11 de noviembre de 1997, en cuanto “resulta inconstitucional prohibir a las universidades privadas la consecución de un objetivo económico o lucrativo en su actividad, por cuanto ello es contrario a la libertad de empresa que se encuentra tutelada en el artículo 46 de la Constitución Política.”

Con la salvedad hecha por ese mismo alto tribunal en la referida resolución, que el fin de lucro que tengan esas instituciones de enseñanza superior, “desde luego que no como primordial, ni de manera tal que se constituya en un valladar para el acceso del interesado al sistema educativo (...) puede ir en menoscabo del derecho de enseñanza que tienen los educandos, por lo que no puede ser irrestricto, sino que el Estado debe velar para que exista un adecuado equilibrio”.

Desde esta perspectiva, los particulares, sean personas físicas o jurídicas, en ejercicio de su libertad de empresa, en su vertiente de autonomía de decisión, (5) pueden obligarse valiéndose del contrato que mejor convenga a sus intereses (artículo 411 del Código de Comercio). Con lo cual, el recurso a una figura atípica como la franquicia comercial en su gestión académico-docente no presentaría, de momento, problema alguno de legalidad.

(4) Ver en ese sentido, LÓPEZ CABANA, Roberto M (Coord.). Contratos especiales del siglo XXI... p.35.

(5) FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía. /En/ Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo (enero, 2003), nº18, p.19.

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
DECRETOS Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Ahora bien, tal y como lo afirmó de forma reciente la Sala Primera en su resolución n.º 825-F-2006, de las 8:45 horas del 27 de octubre del 2006, el hecho de que dos o más empresas se unan contractualmente para desarrollar una actividad similar o complementaria no implica necesariamente que haya una comunidad de intereses entre ellas, siendo más bien lo normal, que se traten de empresas independientes y autónomas:

“VII.- (...) Ahora bien, puede decirse que la similitud o complementariedad de actividades no es en sí, considerada, un indicio inequívoco de la comunidad de intereses, toda vez que constituye un mecanismo válido y lícito para que **empresas independientes y autónomas desarrollen su giro comercial y busquen generación de riqueza. Incluso, esa particularidad es propia, entre otros medios de contratación privada, del contrato de franquicia. En ese (como el que en apariencia se ha dado en la presente), su naturaleza y alcances implican el desarrollo de actividades similares o complementarias.** Lo anterior por cuanto en virtud de la franquicia comercial, el concedente se obliga a otorgar al concesionario la distribución de sus productos o servicios, o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos exclusivos. En contrapartida recibe una retribución, denominada en el derecho anglosajón como “royalty”, la que 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. Para tales fines, el franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa, transmitiendo incluso el conocimiento indispensable para la explotación comercial, lo que es denominado “know how” (en este sentido, de esta Sala, véase resolución no. 73 de las 15 horas 40 minutos del 17 de julio de 1993).” (El destacado no es del original).

Es factible, entonces, que una universidad privada entable una relación contractual con una persona física o jurídica independiente o autónoma de ésta, no sujeta a control del CONESUP, para desarrollar una actividad, que como veremos en los apartados siguientes, sí se encuentra dentro de sus facultades de supervisión, como lo es la apertura de Sedes Regionales y Aulas Desconcentradas. Por lo que, el uso de figuras contractuales, como la franquicia, para tal propósito, bien podría enervar las potestades de inspección que se le confieren a dicho órgano estatal sobre la educación universitaria privada.

Sobre todo, si tomamos en cuenta el matiz que el contrato de franquicia supone en esa relación piramidal de la que líneas atrás dábamos cuenta, pues dicho contrato, según nos advierte la doctrina nacional, se caracteriza lo que a su vez lo distingue del mandato y de otras figuras afines por el hecho de que “el negocio del franquiciante no tiene ninguna ingerencia en el del franquiciado, salvo en lo concerniente al buen uso que aquél deba hacer del nombre o marca comercial, operando el segundo bajo el ámbito de la responsabilidad directa, y no pudiendo en ningún caso imputarle actuaciones al primero por tratarse de empresas jurídicamente

- 7 -

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
DECRETOS Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

independientes.” (6) (El subrayado no es del original).

III.- Las facultades de ordenación administrativa del CONESUP y el rasgo *intuitu personae* de la autorización de creación y funcionamiento de las universidades privadas

El ordenamiento jurídico desde la propia norma fundamental (artículo 79 de la Constitución Política) reconoce al Estado la potestad de inspección sobre todo centro docente privado, que para el caso de las casas de enseñanza universitarias recae sobre el CONESUP, de conformidad con la Ley n.º 6693, del 27 de noviembre de 1981 (ver al efecto, nuestros pronunciamientos OJ-103-2002, del 8 de julio de 2002; C-072-2004, del 1º de marzo del 2004; C-017-2005, del 14 de enero; OJ-132-2005, y OJ-134-2005, del 5 y 7 de setiembre, respectivamente, del año 2005).

Ello se traduce en una serie de facultades administrativas de intervención que limitan la actividad de los particulares en esta materia en específico, cabalmente porque su sentido y finalidad es asegurar que ésta se desarrolla de manera conforme con el interés público presente en la libertad de educación, sin lesionar ilegítimamente los derechos de los educandos.

La actividad de ordenación o inspección a cargo del CONESUP descansa así en una específica tensión entre los Derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de enseñanza (artículos 46, 79 y 80 constitucionales) de una parte, y de la integración de dichos derechos al orden social a través de la ley, articulando su ejercicio con la libertad de los demás y mediante la subordinación de toda riqueza, en cualquiera de sus formas, al interés general (artículos 28, 50 y Título VII de la Constitución política), de la otra. (7)

En términos similares se refirió la Sala Constitucional en el reciente voto n.º 2004-14750, de las 15:04 horas del 22 de diciembre del 2004, al analizar las potestades fiscalizadoras del CONESUP a la luz de la alteridad que caracteriza a la libertad de enseñanza:

“Que, por ser precisamente un derecho humano fundamental, quien lo actúe lo hace a nombre propio, en ejercicio de una actividad de la que es titular y no de una concesión o permiso del poder público, el cual puede, a lo sumo, y siempre que lo haga por los órganos competentes y mediante el ejercicio de simples poderes de tutela, "inspeccionarlo", valga decir, vigilar su ejercicio para garantizar, precisa y únicamente, el equilibrio armónico entre la libertad de educación del que la ofrece -educador y la libertad de educación del que la recibe -educando-,

(6) GONZÁLEZ P. Federico. Sobre el contrato de franquicia comercial... p.13.

(7) Ver a este respecto, PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Administrativo. Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control. Barcelona: Ariel, 2003, p.641-655.

**CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

así como fiscalizar su cumplimiento y eventualmente sancionar su incumplimiento”.

Dentro de este contexto, el artículo 3 de la Ley n.º 6693 recoge la forma y el momento en que se produce la intervención administrativa por parte del CONESUP, al fijar sus atribuciones: con carácter previo al ejercicio de la libertad de educación, al autorizar la creación y el funcionamiento de las universidades privadas, cuando se comprueba que llenan los requisitos que la ley establece (inciso a); al aprobar los estatutos de estos centros y sus reformas, así como los reglamentos académicos (inciso b); al autorizar las escuelas, y las carreras que se impartirán, previos estudios que realice la Oficina de Planificación de la Enseñanza Superior (OPES) (inciso c); al aprobar las tarifas de matrícula y de costo de los cursos, de manera que se garantice el funcionamiento adecuado de las diversas universidades privadas (inciso ch); al aprobar los planes de estudio y sus modificaciones (inciso d); y en el momento de tal ejercicio, que se dará a lo largo de todo el tiempo que éste dure, a través de la vigilancia e inspección sobre las universidades privadas, de acuerdo con el reglamento (inciso e). El inciso f) por su parte, contempla la potestad sancionadora del CONESUP para cuando las universidades privadas infrinjan con su actuación los límites que les impone el interés público mediante normas.

En el aspecto que nos interesa, la autorización equivale a una comprobación objetivo-jurídica de la observancia de las condiciones y los requisitos normativamente definidos con carácter general, (8) que se contemplan en el artículo 6 de la Ley n.º 6693 de cita:

“Artículo 6º.- Para que el Consejo pueda dar curso a la solicitud, **deberá comprobarse que la universidad**, que se proyecta establecer, reúne los siguientes requisitos:

- a) Estar legalmente constituida, conforme a lo establecido en el artículo anterior.
- b) Contar con medios suficientes para el establecimiento de dos escuelas universitarias, o una facultad con dos escuelas, por lo menos, o su equivalente en la nomenclatura respectiva.
- c) Contar con el personal docente necesario, suficientemente capacitado para el desempeño de sus funciones.
- ch) Contar con los profesionales necesarios, para integrar los organismos universitarios que indiquen sus estatutos.
- d) Presentar la lista de carreras que se impartirán, el plan de estudios y la duración de los cursos.

(8) PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Administrativo... p.650.

- 9 -

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
DECRETOS Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

e) Presentar los estatutos y reglamentos académicos.

f) Contar con las instalaciones, la infraestructura y el equipo necesarios para su funcionamiento; deberá ofrecer como servicios básicos bibliotecas, laboratorios y todos los indispensables para cumplir sus objetivos.

La solicitud deberá contener una descripción detallada de la instalaciones, la infraestructura y el equipamiento, de acuerdo con programas de estudio que garanticen la calidad académica de la carreras ofrecidas.

(Así reformado por Ley N° 8194 de 18 de diciembre del 2001)

Cuando se incumpla lo dispuesto en este artículo, el CONESUP no autorizará el funcionamiento de la universidad." (El destacado no es del original).

La Sala Constitucional al comprobar la legitimidad con el bloque de constitucionalidad de los dos numerales de la Ley n.º 6693 a que nos hemos referido hasta ahora, sostuvo en la resolución n.º 7494-97, reiterada a su vez en la sentencia n.º 2004-14750, las dos ya mencionadas, lo que sigue:

“III.- AUTORIZACION PREVIA: Se impugna el artículo 3 de la Ley en cuanto otorga al Consejo la facultad de autorizar la creación y el funcionamiento de las universidades privadas, de acuerdo a los requisitos que establece la Ley, de aprobar los estatutos de esos centros y sus reformas, así como los reglamentos académicos, las escuelas y carreras, los planes de estudio y las tarifas.- A juicio del accionante, tal norma vulnera los artículos 33, 28.2, 79, 80 y 8 de la Constitución Política. No son de recibo sus argumentaciones. Desde el preciso momento en que vivimos en sociedad y decidimos soberanamente darnos un régimen de gobierno en particular, hemos de estar conscientes de que el ejercicio de la libertad puede ser sometido a restricciones. Existen límites de diversa índole, a saber, materiales, jurídicos, de la naturaleza, etc. Desde el punto de vista jurídico y más específicamente, constitucional, el artículo 28 dispone como límites el orden público y el perjuicio a terceros. La libertad de cada quien termina donde empieza la del otro, y es allí donde el Estado debe intervenir para evitar abusos. En el caso de la educación, por tratarse de un derecho humano fundamental, el Estado debe velar por su respeto, conforme señalamos. **Esto hace que deba controlar, ejerciendo una labor de vigilancia e inspección, el cumplimiento de normas y requisitos mínimos y de un adecuado equilibrio entre educador y educando.** Es obvio que desde ese punto de vista el Estado se encuentra legitimado para intervenir mediante la autorización previa y aprobación. De manera que, no resulta tal norma violatoria de la Constitución Política. **En ese mismo sentido también debe señalarse que no es inconstitucional el artículo 6 que también se impugna, por cuanto el mismo lo que hace es prever los requisitos que debe reunir una universidad privada para que se autorice su funcionamiento.** Establece que debe estar

**CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

legalmente constituida, contar con medios suficientes para el establecimiento de dos escuelas universitarias, o una facultad con dos escuelas, por lo menos, o su equivalente, contar con personal docente necesario y debidamente capacitado, presentar lista de carreras que se impartirán, el plan de estudios, duración de los cursos, estatutos y reglamentos académicos, tener posibilidad de establecer las bibliotecas, laboratorios, equipos, edificaciones y demás instalaciones necesarias para cumplir sus objetivos. **Todos esos requisitos de funcionamiento, en criterio de esta Sala resultan indispensables y mínimos, por ende, razonables; el pretender poner en funcionamiento una casa de enseñanza superior es algo verdaderamente serio, pues se pretende graduar a profesionales con enormes responsabilidades sociales. No se trata simplemente de pretender abrir un centro educativo, debe demostrarse capacidad y conocimientos para ello.** Las personas pagan por tener una óptima educación y por ende es eso lo que debe ofrecerse. No sólo invierten dinero, sino que también invierten años de su vida, que nunca recuperarán, y por ende, **la labor de vigilancia e inspección estatal debe ser a priori y no posterior, cuando el daño ya sea irreversible.** Con relación a las tarifas que se cobran por los diversos bienes y servicios que el estudiante recibe, así como por los cursos que se imparten, los centros educativos se encuentran en la obligación de brindar a los usuarios información veraz y oportuna, con especificación correcta respecto de las características, calidad, precio; conforme lo dispone la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor en los artículos 29 y 31, que señalan los derechos del consumidor. El estudiante ha de conocer desde el inicio de su carrera cuál va a ser el monto que deberá pagar por los cursos, exámenes, pruebas de grado, tesis, etc. El aumento en las tarifas debe ser razonable y no ha de servir como medio para indirectamente reducir la población estudiantil o excluir a determinados sectores del acceso a la educación, en todo caso avisado oportunamente y sin variación durante el curso lectivo.” (El destacado no es del original).

Conforme con el texto anterior y el tenor literal de los artículos 3 y 6 de la Ley n.º 6693, es claro que en la autorización de las universidades privadas juegan las características subjetivas del peticionario (la capacidad y conocimiento del solicitante para pretender abrir un centro educativo en términos de la Sala, en tanto que la ley habla que la universidad que se proyecta establecer deberá “estar legalmente constituida”; y contar con los “medios suficientes”, y el “personal”, las “instalaciones, la infraestructura y el equipo necesarios”, además el CONESUP debe aprobar sus estatutos, entre otros requisitos de esta índole).

Desde esta perspectiva, la autorización administrativa supone la comprobación previa de ciertos requisitos de idoneidad en la persona autorizada, titular de la libertad de enseñar, y entonces se concede intuitu personae, sin posibilidad de ulterior transmisión entre particulares.

(9) Es que tal y como se afirmó en nuestro dictamen C- 167-91, del 18 de octubre de 1991,

(9) En ese sentido, GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo (Parte General: Conclusión). V. II. Madrid: Tecnos, 10ª ed., 1992, p .144.

- 11 -

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
DECRETOS Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

reafirmado a su vez en el informe que rindió la Procuraduría General de la República, como asesor imparcial de la Sala Constitucional, en la acción n.º02-001888-007-CO:

“El contenido esencial de la libertad de enseñanza, conjugado con el deber constitucional del Estado de supervisar su ejercicio, impide aceptar la posibilidad de que cualquier persona pueda dedicarse sin ningún tipo de control administrativo a impartir enseñanza universitaria. Tal banalización del concepto del quehacer universitario no solo es contrario a la regulación constitucional sino que desvirtúa los mandatos legales a que debe sujetarse la Administración al tenor de la Ley 6693.” (El destacado no es del original).

Los alcances del artículo 6 de la Ley n.º 6693 se explicitan en el artículo 12 del Reglamento General del CONESUP, al desarrollar los requisitos para la creación y el funcionamiento de las universidades privadas:

“Artículo 12. Toda solicitud para la creación y funcionamiento de una universidad privada deberá ser escrita enteramente en idioma español, dirigida al CONESUP y presentada formalmente ante la Secretaría Técnica. Las solicitudes deben ser firmadas por el representante legal de la entidad gestionante, quien debe indicar expresamente en ella que conoce y acepta las normas, los procedimientos, los requisitos y los acuerdos establecidos y adoptados por este Reglamento y por el CONESUP para estos efectos.

La solicitud debe contener y aportar, la siguiente información y documentación:

a- Nombre, naturaleza y domicilio de la entidad gestionante así como el nombre y calidades completas del representante legal de la misma.

b- Certificación de la constitución de la entidad gestionante con su personería y cédula jurídica emitida por el Registro Nacional o por Notario Público.

c- Certificación, expedida por Contador Público Autorizado, de los estados financieros de apertura y actual de la entidad solicitante, con una proyección de flujo de caja para los primeros tres años de funcionamiento y sus respectivos estados financieros, los que deberán guardar coherencia con el proyecto académico. En caso de que resultare necesario, la entidad solicitante deberá demostrar la posibilidad de aumentos de capital social o la disponibilidad de créditos, a fin de garantizar un adecuado y normal funcionamiento de la universidad.

d- Nómina del personal académico propuesto de conformidad con lo establecido en los artículos 19 y 20 del presente Reglamento.

e- Nómina del personal académico-administrativo: Rector, Vicerrector, Secretario General, Decanos, Directores de carreras o sus equivalentes, en los órganos fundamentales de la

www.derechocomercial-cr.com

Este dictamen fue tomado de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco.

**CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Universidad proyectada, de conformidad con lo establecido en los artículos 26 y 27 del presente Reglamento.

f- Lista de carreras con sus respectivos planes de estudios, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del presente Reglamento.

g- Copia auténtica de los estatutos constitutivos y de organización de la entidad solicitante y reglamentos internos, con sus respectivos acuerdos de aprobación por parte de la entidad gestionante.

h- Los proyectos del Estatuto Orgánico y de los Reglamentos Internos correspondientes a: Reglamento Académico, Reglamento del Régimen Docente, Reglamento del Régimen Estudiantil, Reglamento de Becas y Reglamento de Trabajo Comunal o de Servicio Social. El contenido mínimo de estos estatutos y reglamentos deberá ajustarse a lo establecido en los artículos 28 y 29 del presente Reglamento.

i- Planes y programas de desarrollo institucional con los parámetros cualitativos y cuantitativos, objetivos, metas, recursos humanos y financieros que requerirán para la ejecución de los mismos, se debe hacer especial énfasis en los aspectos académicos (docencia, investigación y acción social). Los mismos podrán ser evaluados por el CONESUP cada cinco años.

j- Descripción detallada de las instalaciones físicas en las que se desarrollará la acción educativa y que debe comprender, al menos, los siguientes elementos: salas de clase, laboratorios especializados, bibliotecas, campos deportivos, talleres, campos de trabajo y demás espacios físicos necesarios para el desarrollo de sus tareas de enseñanza y aprendizaje.

Igualmente, debe incluirse la descripción del mobiliario, equipo y recursos bibliográficos requeridos para el funcionamiento general de la universidad y el desarrollo específico de las carreras que se vayan a impartir; así como el plan detallado de adquisiciones, el que deberá incluir plazos y formas de financiamiento e indicar la capacidad instalada con la que se cuenta para la matrícula inicial proyectada.

Las universidades privadas deberán informar al inicio de cada ciclo lectivo, sobre el cumplimiento de las diversas etapas de su plan de adquisición, y los indicadores de utilización de la infraestructura y la matrícula universitaria proyectada, por carreras y por sede regional, a efecto de verificar si existen condiciones cualitativas aceptables para cubrir las necesidades de aprendizaje de los estudiantes.

k- Las autorizaciones y permisos referentes a la infraestructura que se señalan en los artículos 33 y 34 de este Reglamento.

- 13 -

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
DECRETOS Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

l- Copia auténtica del contrato de arrendamiento, certificación de propiedad o permiso de uso de las instalaciones que ocupará la universidad proyectada, así como las permisos y autorizaciones a que se refiere el artículo 32, 33 y 34 del presente Reglamento.

m- Constancia de la Caja Costarricense del Seguro Social de que se encuentra al día en el pago de las cuotas obrero-patronales.

n- Comprobantes de pago de la tarifa establecida por el órgano competente para realizar estos procesos.” (El subrayado no es del original).

Con esta norma se busca reforzar el control previo que ejerce el CONESUP sobre las condiciones subjetivas que pesan en la decisión de autorizar una nueva universidad privada, como la naturaleza, certificación de constitución y personería de la entidad gestionante, al igual que los estados financieros de la entidad solicitante, sus planes y programas de desarrollo institucional, el plan detallado de adquisiciones, incluidas las sedes regionales; quedando aclarado desde el pronunciamiento OJ-256-2003, del 8 de diciembre del 2003, de esta Procuraduría, la identidad jurídica entre una y otra:

“En lo que nos interesa, a nuestro modo de ver el criterio jurídico anterior es acertado, ya que la entidad que gestiona la creación y el funcionamiento de la universidad privada y ésta, son un todo indivisible, es decir, dos partes de un mismo todo, las cuales, conforme a las regulaciones internas de cada entidad, tienen distintas actividades que desempeñar. Es por la anterior razón, que entre la universidad y la entidad que promueve su creación y funcionamiento hay una relación indisoluble, de tal forma (y esto es más cierto en relación con la primera) una no puede existir sin la otra. Más aún, a esta altura de la exposición cabe preguntarse si tiene sentido hablar de dos entidades separadas cuando, en realidad, de cara al ordenamiento jurídico, son una única entidad.”

De manera que una vez autorizado su funcionamiento, la universidad privada tendrá libertad para desarrollar sus actividades académicas y docentes; y para el desenvolvimiento de sus planes y programas de estudio (artículo 8 de la Ley n.º 6693).

IV.- La cuestión de la administración de las sedes regionales y aulas desconcentradas a través del contrato de franquicia u otra figura jurídica distinta

El artículo 37, según se intitula el epígrafe al que pertenece, regula el tema central de esta consulta, referido a la apertura de sedes regionales y aulas desconcentradas. Al efecto establece:

“SECCIÓN OCTAVA

De la apertura de sedes regionales y aulas desconcentradas

www.derechocomercial-cr.com

Este dictamen fue tomado de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco.

**CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Artículo 37:

1) Sede regional. Se entiende por sede regional una unidad académico administrativa dependiente de la Sede Central, que desconcentra actividades académico-docentes, debidamente autorizadas por el CONESUP, así como de investigación o extensión, en una región geográfica nacional determinada que comprenda al menos cuatro cantones. Estará a cargo de un Coordinador general, quien deberá cumplir con los requisitos que exige este Reglamento, para un Decano o equivalente. La Sede regional deberá impartir como mínimo tres carreras o tramos de ellas.

2) La apertura de una sede regional por parte de una universidad autorizada, exige la aprobación previa del CONESUP para lo cual debe presentarse a la Secretaría Técnica una solicitud formal que incluya lo siguiente:

- a. Nombre y atestados del Coordinador general de la Sede Regional.
- b. Lista de carreras que serán ofrecidas en la sede regional. En caso de que alguna de esas carreras no se esté ofreciendo en la Sede Central, deberá presentarse el respectivo plan de estudios, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de este Reglamento. En el caso de que una vez creada la Sede Regional, se fuera a ofrecer alguna otra carrera, deberá solicitarse expresamente al CONESUP, la ampliación de la oferta, la cual deberá cumplir con la debida inspección para su aprobación.
- c. Nómina del personal académico que laborará en la Sede Regional conforme a lo establecido en los artículos 19 y 20 del presente Reglamento. En el caso de profesores que ya laboren en la Sede Central o Sede Regional de la misma universidad, sólo deberá consignarse esa circunstancia y no será necesario aportar sus atestados nuevamente.
- d. Descripción detallada de las instalaciones físicas, mobiliario, equipos, recursos bibliográficos e informáticos con que contará la Sede Regional, acordes con las carreras o actividades que vayan a desarrollarse.
- e. Las instalaciones físicas deberán contar con las autorizaciones y permisos que se señalan en los artículos 33 y 34 de este Reglamento.
- f. Copia certificada de la propiedad de las instalaciones físicas; en caso de que estas no sean propias, se aportará copia certificada del contrato correspondiente.

3) Aula desconcentrada. Se entiende por aula desconcentrada una unidad académico-administrativa en una región geográfica nacional determinada, dependiendo de la Sede Central o de una Sede Regional, que imparte un máximo de dos carreras o tramos de ellas, ya

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
DECRETOS Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

aprobadas por el CONESUP, para la Sede Central o alguna Sede Regional de esa universidad.

La Sede Central o cada Sede Regional podrá tener un máximo de dos aulas desconcentradas.

Académicamente dependerá del coordinador de la carrera de la Sede y desde el punto de vista administrativo, estará bajo la responsabilidad de un Coordinador residente.

4) La apertura de un aula desconcentrada por parte de una universidad autorizada, exige la aprobación previa del CONESUP para lo cual debe presentarse a la Secretaría Técnica una solicitud formal que incluya lo siguiente:

- a. Nombre del coordinador de la carrera de la Sede Central, así como el nombre y atestados de quien fungirá como coordinador residente del aula desconcentrada.
- b. Nombre de las carreras o tramos de ellas que serán ofrecidas en el aula desconcentrada. En este último caso, deberán enumerarse los cursos que cubren cada tramo.
- c. Nómina del personal académico que laborará en el aula desconcentrada conforme lo establecido en los artículos 19 y 20 del presente reglamento. En el caso de profesores que ya laboren en la Sede Central o Sede Regional de la misma universidad, sólo deberá consignarse esa circunstancia y no será necesario aportar sus atestados nuevamente.
- d. Descripción de la instalación física y demás facilidades, con que contará el aula desconcentrada, acordes con las actividades que vayan a desarrollarse. El aula desconcentrada dependerá en cuanto a recursos didácticos y administrativos, de los que posea la sede correspondiente. La Secretaría Técnica del CONESUP será la encargada de inspeccionar la instalación física donde vaya a funcionar una aula desconcentrada, para verificar si reúne las condiciones mínimas para las actividades a ejecutar. En casos muy especiales que así lo ameriten, podrá solicitar una inspección adicional por parte de Cenife.
- e. Copia certificada de la propiedad de las instalaciones físicas; en caso de que estas no sean propias, se aportará copia certificada del contrato correspondiente.

Estas aulas serán autorizadas por periodos de cuatro años renovables mediante solicitud por escrito presentada por lo menos con una antelación de dos meses a su vencimiento, actualizando la información que sea necesaria. (El subrayado no es del original).

(Así reformado por el artículo 1º del decreto ejecutivo N° 32784 del 3 de octubre del 2005)

De conformidad con el párrafo primero del texto anterior, la Sede Regional presenta las siguientes características:

www.derechocomercial-cr.com

Este dictamen fue tomado de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco.

**CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

1. es una unidad académico-administrativa dependiente, subordinada o sometida al arbitrio de la Sede Central;

2. en la que se desconcentran actividades académico-docentes, así como de investigación o extensión, debidamente autorizadas por el CONESUP;

3. en una región geográfica nacional determinada que comprende al menos cuatro cantones;

4. en la que se deberán impartir como mínimo tres carreras o tramos de ellas;

5. y que estará a cargo de un Coordinador general.

Por su parte, la Aula desconcentrada al tenor del párrafo tercero ius ibídem, queda definido por los siguientes rasgos:

1. es una unidad académico-administrativa dependiente de la Sede Central o de una Sede Regional (ver al efecto, el dictamen C-032-2003, del 10 de febrero del 2003, de esta Procuraduría), la Sede Central o cada Sede Regional podrá tener un máximo de dos aulas desconcentradas;

2. que imparte un máximo de dos carreras o tramos de ellas, ya aprobadas por el CONESUP para la Sede Central o alguna Sede Regional de esa universidad;

3. en una región geográfica nacional determinada;

4. que administrativamente estará bajo la responsabilidad de un Coordinador residente y académicamente del coordinador de la carrera de la Sede.

Finalmente, en el citado dictamen C-032-2003, se define a la Sede central como “una instancia académica pluridisciplinaria, que contiene el gobierno central de la universidad, desde el cual canaliza su actividad sustantiva, para cumplir con los fines y propósitos estatutariamente definidos.”

Tanto para el caso de las Sedes Regionales como para el de las Aulas desconcentradas, su apertura, al tenor de los párrafos segundo y cuarto, respectivamente, del citado artículo 37, requiere la aprobación previa del CONESUP. Si se presta atención a los requisitos que deben venir incluidos en la solicitud formal que se presenta ante la Secretaría Técnica de dicho órgano, contemplados a su vez en los incisos a, b, c, d, e y f, del párrafo segundo, y a, b, c, d y e, del párrafo cuarto trascritos; notaremos que en ninguno de ellos se exige aportar el nombre y la naturaleza de la entidad gestionante o la certificación de su personería y constitución, ni sus estatutos constitutivos o de organización, ni los estados financieros o los planes y programas

- 17 -

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
DECRETOS Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

de desarrollo institucional, como al efecto hiciera el artículo 12 del Reglamento General del CONESUP.

Pues en ambos supuestos, el artículo 37 del Reglamento General da por sentado que la solicitud de apertura se da “por parte de una universidad autorizada”; con lo cual ya se han verificado los requisitos subjetivos que debe cumplir la entidad gestionante a efecto de remover el obstáculo normativo que impide el ejercicio del derecho fundamental a enseñar.

Además, el numeral de referencia parte de la relación de dependencia de las Sedes Regionales y de las Aulas desconcentradas respecto a la universidad autorizada o Sede central, más evidente aún en el caso de estas últimas, al indicar el párrafo cuarto, inciso d) que es la “aula desconcentrada dependerá en cuanto a recursos didácticos y administrativos, de los que posea la sede correspondiente”.

Teniendo ahora el cuadro completo, se consulta, entonces, si a través de una figura jurídica distinta a la que en un inicio se registró ante el CONESUP, al momento de crear la universidad privada, se puede abrir y administrar una Sede Regional o Aula Desconcentrada, haciéndose hincapié en el contrato de franquicia.

Nótese que la consulta en la forma en que se encuentra formulada es ambigua en el sentido de que la expresión “figura distinta a la que le dio origen a la universidad privada”, parece referirse a otras formas societarias diferentes a la que se usó para constituir a la universidad autorizada (fundación, asociación, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, etc.), pero al mismo tiempo se le equipara con un tipo de contrato en específico, el de franquicia, por lo que aún cuando el pacto societario se pueda ver en términos generales como una forma contractual, lo cierto es que nos encontramos ante instituciones jurídicas diferentes.

En todo caso, sea que se trate de una forma societaria, sea que se estén refiriendo en su consulta a un contrato diverso al de la franquicia, en el fondo, ambos supuestos implican la presencia de una persona distinta a la universidad privada autorizada, a quien se le estaría confiando la creación y administración de una Sede Regional o Aula Desconcentrada. De forma que esa persona sería la encargada de realizar la matrícula de los estudiantes, los cobros y pagos, aportar las instalaciones, la contratación de los profesores, asumir el pago de la planilla e incluso llevar a cabo los trámites del artículo 37 del Reglamento ante el CONESUP, según destacamos líneas atrás. Además debe pagar por todo ello una suma a la universidad autorizada.

Es decir se pretende que un centro de imputación de derechos y obligaciones diferenciado, esto es, con personalidad jurídica propia e independiente de la universidad privada autorizada, lleve a cabo esas tareas valiéndose del nombre comercial de esta última. No se trata entonces de la designación de un administrador o en términos del reglamento, de un Coordinador

**CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

general o de un Coordinador residente para la respectiva sede o subsede, con lo cual no tendríamos objeción alguna que hacer, por estar así contemplado en el ordenamiento jurídico.

Se trata, en principio, de una persona jurídica distinta a la universidad autorizada, a la que difícilmente no se le estarían encomendando también, aunque no se mencione en su consulta, las actividades académico docentes, particularmente impartir las carreras o tramos de ellas en la región geográfica de que se trate. Tomando en cuenta que a aquélla le correspondería la contratación del personal docente o académico, quienes son los que al final de cuentas llevan a cabo física o materialmente la enseñanza; aportar las instalaciones (bibliotecas, laboratorios y demás medios necesarios para la investigación); y matricular al alumnado, pieza básica y esencial de todo centro de enseñanza.

Además, siendo coherentes con lo expuesto en el epígrafe III de esta consulta, el contrato de franquicia supone, en este caso, la prestación por parte del franquiciado de la actividad principal que propició el renombre y el éxito de la universidad privada, de lo contrario no tendría sentido que aquél se obligue contractualmente a realizar las tareas “administrativas” dichas y adicionalmente, a pagar una regalía a la universidad franquiciante, si no puede desarrollar el servicio en virtud de cual le están licenciando el nombre y la marca comercial de la última.

Partiendo de esta premisa, es criterio de este órgano asesor que de conformidad con el ordenamiento jurídico expuesto no resulta procedente que un sujeto de Derecho distinto a la universidad autorizada pueda a través de un contrato de franquicia o figura jurídica distinta, gestionar la apertura ante el CONESUP de una Sede Regional o Aula Desconcentrada. Tampoco asumir su administración en los términos expuestos en la consulta, si bien habría que hablar en realidad, de asumir el funcionamiento de estas unidades académica-docentes.

Recordemos que la autorización concedida por el CONESUP a las universidades privadas en ejercicio de sus facultades genéricas de policía o inspección es *intuitu personae*, a partir de la comprobación de las características subjetivas de la entidad gestionante, que a los efectos pasa a ser la misma, según dijimos, que la universidad autorizada. De ahí que el artículo 37 del Reglamento General no contemple los requisitos de ese tipo que establece el artículo 12 del mismo texto normativo, pues parte del grado de dependencia de la Sede Regional y del Aula desconcentrada con la Sede Central a tal punto de considerarla como una sola entidad académica del mismo modo que sucede con la Universidad de Costa Rica y sus sedes regionales de San Ramón y Guanacaste - y de ahí que expresamente disponga que la apertura en ambos supuestos debe darse “por parte de una universidad autorizada”.

De manera que aún cuando el grado de dependencia entre la universidad autorizada franquiciante y el franquiciado pueda ser muy intenso a tal punto de configurarse una relación piramidal, según explicamos antes, al quedar éste sometido a las instrucciones y directivas de la

- 19 -

CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

ANEXO:
DECRETOS Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

primera, es evidente, como así quedó explicado en la sentencia transcrita de la Sala Primera, que nos encontraríamos en presencia de dos partes autónomas e independientes entre sí, en la que la universidad autorizada franquiciante no tendría, en lo que nos interesa, que responder por los actos del franquiciado frente al alumnado. Por el contrario, la universidad autorizada podría más bien exigirle responsabilidad por el desprestigio que eventualmente se le pudiera causar a su nombre.

Es evidente, que de esta forma se estaría enervando el poder de inspección que el artículo 79 constitucional le confiere al Estado a fin de velar por los derechos de los educandos, ante la posibilidad de que una persona que no ha pasado por el control previo del CONESUP, quede al frente de la administración de una Sede Regional o Aula desconcentrada, en la que recordemos, se estaría impartiendo una carrera universitaria o tramo de ella conducente a un grado académico (artículo 16 del Reglamento General del CONESUP). Recordemos tan sólo, que de conformidad con la citada resolución de la Sala Constitucional n.º 2004-14750, el artículo 37 del Decreto Ejecutivo n.º 29631-MEP, se adecua “a las potestades de vigilancia e inspección de que goza el CONESUP”.

A lo que hay que agregar, finalmente, que la extensión del nombre comercial o de la marca distintiva de la universidad autorizada a otro sujeto de Derecho no es suficiente para crear el vínculo de dependencia que prevé el artículo 37 del Reglamento de cita. Pues si bien puede resultar adecuado desde el punto de vista del Derecho mercantil, en virtud de que la persona que llega a matricularse no logra percatarse de la diferencia, sobre todo si la Sede Regional aparte de mantener el mismo nombre de la Sede Central, mantiene la misma estructura curricular, el mismo patrón, ultimándose hasta los mínimos detalles como en efecto se estipula en el contrato de franquicia, a fin de que haya la mayor semejanza posible; no así desde la óptica del Derecho público, que faculta a la Administración pública para rasgar esa superficie con el propósito de constatar la presencia de dos personas jurídicas distintas que estarían operando bajo el mismo nombre comercial cuestión totalmente diferente a la razón social, dicho sea de paso pero sin que necesariamente por los actos de una deba responder la universidad autorizada ante terceros, al ser el franquiciado por sí mismo destinatario actual y potencial de efectos jurídicos.

V.- Conclusiones

Esta Procuraduría es del criterio que resulta improcedente que una Sede Regional o Aula Desconcentrada se administre por medio del contrato de franquicia comercial u otra figura jurídica distinta a la que le dio origen a la universidad privada, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Por cuanto es factible que una universidad privada autorizada entable una relación contractual con un sujeto de Derecho independiente o autónomo de aquélla, no sujeto al

**CONTRATOS MERCANTILES.
III-12. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

**ANEXO:
DICTÁMENES Y OPINIONES JURÍDICAS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

control previo del CONESUP, para desarrollar una actividad que sí se encuentra dentro de sus facultades de inspección y fiscalización, como lo sería la gestión de una unidad académico-docente en la que asumiría las piezas básicas del engranaje universitario (contratación del personal docente, matriculación del alumnado, aportación de las instalaciones físicas, llámese aulas, bibliotecas y laboratorios) y eventual y muy posiblemente, la enseñanza misma de las carreras universitarias o tramos de ellas.

2. No es posible que a través de una figura jurídica contractual, en este caso la franquicia, se extienda la comprobación previa realizada por el CONESUP sobre las universidades privadas, de los requisitos subjetivos contemplados en los artículos 6 de la Ley n.º 6693, del 27 de noviembre de 1981, y 12 del Reglamento General del CONESUP, Decreto Ejecutivo n.º 29631-MEP, del 18 de junio del 2001, a un tercero o franquiciado, pues la autorización otorgada para el ejercicio de la libertad de enseñanza toma en cuenta la idoneidad de la persona autorizada, y entonces se concede intuitu personae.

3. Del mismo modo, el tenor literal del artículo 37 del Reglamento General del CONESUP parte, de un lado, de que la apertura de una Sede Regional o Aula Desconcentrada debe darse “por parte de una universidad autorizada”, y de otro, de la relación de dependencia de ambas unidades académico-docentes respecto de la Sede Central, a tal punto de quedar configuradas como una sola entidad universitaria.

4. Siendo que, el uso que dos personas jurídicas hagan del mismo nombre o marca comercial o la relación piramidal que se establezca contractualmente entre ellas no es suficiente para entablar ese grado de dependencia, desde el momento, en que como así se ha reconocido de forma pretoriana por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, nos encontramos antes dos partes autónomas e independientes entre sí, por lo que en principio la universidad autorizada franquiciante no tendría, en lo que nos interesa, que responder por los actos del franquiciado frente al alumnado.

5. De tal forma, que con ello se estaría enervando el poder de inspección que el artículo 79 constitucional le confiere al Estado a fin de velar por los derechos de los educandos, ante la posibilidad de que una persona que no ha pasado por el control previo del CONESUP, quede al frente de la administración de una Sede Regional o Aula desconcentrada en la que se estaría impartiendo una carrera universitaria o tramo de ella conducente a un grado académico.

Sin otro particular, se suscribe atentamente;

**Alonso Arnesto Moya
Procurador Adjunto**

AAM/acz

www.derechocomercial-cr.com

Este dictamen fue tomado de la página www.pgr.go.cr/scij
El resaltado de partes del texto es obra de la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco.