

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

**“PLAN EXCEPCIONAL DE TITULACIÓN DE ANTIGUOS ESTUDIANTES NO
GRADUADOS”**



MONOGRAFÍA

**“LA NECESIDAD DE INCORPORAR EL CONTRATO
DE FRANQUICIA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO
BOLIVIANO”**

POSTULANTE: Lucy Elisa Patty Mena

TUTOR: Dra. Aydee Vasquez Jiménez

La Paz – Bolivia - 2011

DEDICATORIA

*A mi inolvidable padre que se encuentra en la gloria
de Dios; a mi madre que me dio la vida y a mi
pequeño hijo Andrés que es mi razón de vida.*

AGRADECIMIENTO

*Mi sincero agradecimiento a la Dra. Aydee Vasquez
Jiménez Tutor académico y todas las personas que
coadyuvaron en la materialización del estudio.*

PROLOGO

En la necesidad de cubrir la inquietud de la juventud estudiosa, como de las personas vinculadas a la actividad comercial, se elabora la presente investigación sobre una temática poco abordada en nuestro medio, como es el caso de la “necesidad de incorporar el Contrato de Franquicia en el Código de Comercio Boliviano”.

Con ello se espera brindar una herramienta de consulta para los emprendedores en la dinámica de la economía moderna.

G.G.C.C.

INDICE

DEDICATORIA.....	1
AGRADECIMIENTOS.....	2
PRÓLOGO.....	3
INDICE.....	4
INTRODUCCIÓN.....	7
DISEÑO DE INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA.....	9

CAPÍTULO I

DESCRIPCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.1. PRIMEROS ANTECEDENTES.....	14
1.2. PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA.....	14

CAPÍTULO II

LA SITUACIÓN EN BOLIVIA

2.1. EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN BOLIVIA.....	19
2.2. LEGISLACIÓN COMERCIAL.....	21

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN COMPARADA

3.1 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	24
3.2 LEGISLACIÓN ARGENTINA.....	26
3.3 LEGISLACIÓN BRASILEÑA.....	26
3.4 LEGISLACIÓN MEXICANA.....	28

CAPÍTULO IV

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

4.1 DEFINICIÓN DE CONTRATO.....	31
4.2 CLASIFICACIÓN.....	32

4.2.1	CONTRATO TÍPICO.....	32
4.2.2	CONTRATO ATÍPICO.....	33
4.3	DEFINICIÓN DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL.....	33
4.4	ELEMENTOS DEL CONTRATO.....	34
4.4.1	ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	35
4.4.1.1	El consentimiento.....	35
4.4.1.2	El objeto.....	35
4.4.1.3	La solemnidad.....	36
4.4.2	ELEMENTOS DE VALIDEZ.....	36
4.4.2.1	Capacidad.....	36
4.4.2.2	Ausencia de vicios en el consentimiento.....	37
4.4.2.3	Error.....	37
4.4.2.4	Dolo.....	37
4.4.2.5	Mala fe.....	38
4.4.2.6	Violencia.....	38
4.4.2.7	Lesión.....	38
4.4.2.8	Licitud en el objeto.....	38
4.4.2.9	Forma	39

CAPÍTULO V

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

5.1	NATURALEZA JURÍDICA.....	41
5.2	TERMINOLOGÍA.....	42
5.3	CONCEPTO Y DEFINICIÓN.....	42
5.4	CLASIFICACIÓN.....	43
5.4.1	Mercantil	43
5.4.2	Principal.....	43
5.4.3	Bilateral o sinalagmático.....	43
5.4.4	Oneroso.....	43
5.4.5	Conmutativo.....	43

5.4.6 Intuitio personae.....	43
5.4.7 De tracto sucesivo.....	44
5.4.8 Innominado.....	44
5.4.9 De colaboración.....	44
5.4.10 De Adhesión.....	44
5.4.11 Atípico.....	44
5.5 ELEMENTOS BÁSICOS DE LA FRANQUICIA.....	44
5.5.1 Licencia de uso de marca.....	44
5.5.2 Asistencia técnica.....	48
5.5.3 Transferencia de conocimientos.....	49
5.5.4 Regalías.....	50
5.5.5 Propiedad Intelectual.....	52
5.5.6 Confidencialidad.....	53
5.6 CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	53
5.7 IMPORTANCIA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	59
5.8 PROPUESTA PARA LA INCORPORACIÓN DE UN NUEVO CAPÍTULO SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.....	60
5.8.1 Exposición de motivos.....	60
5.8.2 Capítulo VII Contrato de Franquicia.....	61
CONCLUSIONES.....	65
RECOMENDACIONES.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	68
ANEXOS.....	70

RESUMEN MONOGRAFÍA

“LA NECESIDAD DE INCORPORAR EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO BOLIVIANO”

La dinámica de las relaciones comerciales, ha permitido la aparición de diversas modalidades contractuales en las que una de las partes fija condiciones, como forma de asegurar la calidad del producto y la atención en cualquier lugar, asegurando la notoriedad y popularidad de su marca; dejando en claro que en este caso y como pasa con las restantes modalidades, son modelos construidos por la realidad, por la costumbre comercial, desarrollándose paralela e independientemente al derecho vigente. Dentro de estos contratos, encontramos algunos que carecen de regulación legal específica, dentro de éstas encontramos la figura de la franquicia. Este contrato de origen estadounidense ha tenido una gran repercusión a nivel mundial debido a que ha demostrado ser una fuente confiable para obtener grandes beneficios económicos.

Este concepto se introdujo en Bolivia desde comienzos del siglo XX, con casos tales como Coca Cola e industrias Venado, y desde allí las franquicias han sido un sector de la economía que no ha dejado de crecer.

En Bolivia, no existe legislación alguna sobre el contrato de franquicia, lo que motiva formular como propuesta, la necesidad de reformar el Código de Comercio incorporando el Capítulo VII dentro del Título VI del Libro Tercero, con siete artículos, que van del artículo 1302 al artículo 1308, comenzando con el siguiente concepto: existirá contrato franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir, vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

INTRODUCCIÓN

En las modernas formas de Comercialización, han aparecido modalidades contractuales en las que una de las partes fija condiciones, como forma de asegurar la calidad del producto y la atención en cualquier lugar, asegurando la notoriedad y popularidad de su marca; dejando en claro que en este caso y como pasa con las restantes modalidades, son modelos construidos por la realidad, por la costumbre comercial, desarrollándose paralela e independientemente al derecho vigente. El rasgo característico de todas ellas es el de cumplir con una función económica de integración de empresas en formas de comercialización en un mundo globalizado que se guía muchas veces por la apariencia.

Por ello, en la práctica de los negocios, una importante cantidad de los contratos que se celebran cotidianamente son atípicos. Es decir que no están previstos y regulados por la ley. Este tipo de contratación se ha hecho muy frecuente, ya que los particulares y empresarios no se atienen, al adecuar sus negocios, a los modelos jurídicos tradicionales, sino que generan nuevas operaciones y modos de contratación que no encuadran en lo que el código de comercio ha previsto y esto lo revela la gran cantidad de contratos de esta naturaleza que se celebran en la vida diaria.

Dentro de estos contratos que carecen de regulación legal específica encontramos la figura de la franquicia. Este contrato de origen estadounidense ha tenido una gran repercusión a nivel mundial debido a que ha demostrado ser una fuente confiable para obtener grandes beneficios económicos.

Es así como se introdujo poco a poco este concepto en Bolivia desde comienzos del siglo XX, con casos tales como Coca Cola e industrias Venado, y desde allí las franquicias han sido un sector de la economía que no ha dejado de crecer. Por lo mismo, es necesario que estos contratos que aparentemente se basan en el principio de la libertad contractual, sean

analizados de manera mas detallada para determinar su regulaci3n definitiva en el C3digo de Comercio Boliviano. De est3 forma se brindar3 mayor seguridad jur3dica a las partes contratantes y proporcionar3 mayor beneficio a la colectividad.

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN MONOGRÁFICA

JUSTIFICACIÓN

El contrato de franquicia comenzó a utilizarse en Bolivia a principios del siglo XX. A partir de entonces su importancia ha ido creciendo, alcanzando un desarrollo considerable en diversos ámbitos económicos que van desde los establecimientos de comida rápida a la provisión de casi cualquier servicio. Pese a esto, se puede afirmar que dado a que no existe un desarrollo reglamentario de este precepto, ni se prevén las consecuencias jurídicas del incumplimiento del mismo, el contrato de franquicia se encuentra desprovisto de una regulación propia, autónoma y diferente de otros contratos, ya que en nuestro ordenamiento jurídico vigente, no existe regulación alguna para el contrato de franquicia, como se ha mencionado, este debe reunir ciertas características, para ser considerado como tal.

El contrato de franquicia adquiere una importancia aún mayor por cuanto es el único documento que puede regular la relación entre las partes de una manera efectiva. No existe tampoco un modelo del contrato al que pueda adaptarse cualquier concepto de franquicia, cada uno de éstos requerirá un contrato distinto en función de sus características y necesidades específicas. Por lo mismo es necesario fortalecer la legislación y regular ciertas disposiciones de orden común en beneficio del sector que se vea afectado por esta laguna jurídica.

DELIMITACIÓN DEL TEMA

a) Temática

La presente investigación, se circunscribe a aspectos legales referentes a los contratos de franquicia en la Legislación Comercial Boliviana, toda vez que el empresario o comerciante, acude a este acuerdo de voluntades, cuando necesita ampliar su actividad mercantil, para lo cual requiere de seguridad

júridica, en vista a que generalmente no tiene conocimiento sobre los efectos de la franquicia, por no estar especificado en el Código de Comercio Boliviano.

b) Espacial

Con respecto al espacio geográfico, se tomará en cuenta, la ciudad de La Paz – Bolivia, donde se encuentra la empresa de FLEISCHMANN S.A. e INDUSTRIAS VENADO S.A. , las cuales cuentan con contratos de Franquicia.

c) Temporal

El estudio de investigación correspondiente al trabajo sobre contratos de franquicia en la legislación comercial de Bolivia, comprenderá a partir de enero 2009 a diciembre de 2010.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN FORMA DE PREGUNTA

¿Por qué es importante la necesidad de incorporar los contratos de franquicia en la legislación comercial de Bolivia?

En Bolivia, no existe legislación alguna sobre el contrato de franquicia, por que se trata de un contrato atípico, que en la actualidad ha cobrado gran importancia.

Es lógico que por tratarse de una figura relativamente nueva, no haya sido tomada en cuenta en el ámbito jurídico en el pasado; además es posible que los legisladores jamás hayan imaginado que esta figura cobraría tanta fuerza y se volvería extremadamente popular. Por lo que nunca hubo una propuesta seria de incorporarla a la legislación boliviana, a pesar de que es una de las operaciones mercantiles con más auge a nivel internacional. Por lo mismo, no es viable que se rija solamente por el principio de la libertad contractual, o por alguna otra disposición perteneciente a la doctrina nacional o internacional, sino que se le deben aplicar reglas mucho más concretas para evitar abusos y futuras controversias entre las partes. He ahí, la necesidad

de estructurar un marco jurídico adecuado para el desarrollo de este sector incipiente. Y más aún, cuando se trata de un contrato tan complejo que vincula cuestiones sobre licencia de uso de marca, know – how (saber – hacer), propiedad intelectual, relaciones laborales, políticas de territorialidad, fuentes de suministro, etc.

De aquí se desprende que el problema es: ***"La necesidad de incorporar el Contrato de Franquicia en el Código de Comercio Boliviano"***.

OBJETIVOS

➤ **Objetivo General**

Establecer la necesidad de incorporar los contratos de franquicia en el Código de Comercio en un capítulo específico que permita regular la libertad contractual generando para franquiciantes como para franquiciados, la seguridad jurídica.

➤ **Objetivos Específicos.**

1. Establecer normas precisas que permitan celebrar contratos de franquicias.
2. Analizar el Código de Comercio Boliviano, para diagnosticar el vacío referido a los contratos de franquicia.
3. Estudiar la legislación extranjera referida al tema de investigación, para determinar cual es el impacto del contrato de franquicia en la ciudad de La Paz.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

MÉTODO DEDUCTIVO

Es aquel proceso que nos permite hacer la lectura y el análisis, para elaborar el contexto de una temática y encontrarnos en un objeto específico.

Tiene las características de establecer principios y teorías generales que permitirán conocer un fenómeno particular, en este sentido el presente nos permitirá considerar la falta de legislación de los contratos de franquicias en el Código de Comercio Boliviano, para establecer la necesidad de crear un capítulo específico en el mencionado Código.

COMPARATIVO

Este método nos permite comparar lo previsto en nuestra legislación con la legislación vigente en otros países, en nuestro tema en particular, se procede a confrontar lo establecido en el Código de Comercio, dentro de ésta la propiedad industrial, el nombre comercial, marcas, patentes de invención, derechos y autor y otros, con los contratos de franquicia en la legislación comparada.

MÉTODO HISTÓRICO

El contrato de franquicia, tiene un origen histórico de suma importancia en la actividad comercial de los pueblos, así ya en la edad media, época en la cual un soberano otorgaba o concedía privilegios a sus súbditos para realizar actividades de caza o pesca, la primera generación de franquicias comerciales surge en Alemania con los cerveceros en el siglo XVIII, a Bolivia llega en el siglo XX, aspectos que destacan el contexto histórico en el cual se desarrolla el contrato de franquicia y su gran impacto en la vida comercial.

CAPÍTULO I

DESCRIPCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

CAPÍTULO I

DESCRIPCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.1. PRIMEROS ANTECEDENTES

Para algunos autores, el origen de la palabra franquicia se remonta a la edad media, época en la cual un soberano otorgaba o concedía privilegios a sus súbditos, quienes en virtud del mismo podían realizar actividades tales como la pesca y la caza, reservadas en todo caso a determinadas zonas del reino. Tales autorizaciones o privilegios se designaban utilizando el término francés " *franc* " que significa *libre*. Así mismo en Francia, las ciudades con "*cartas francas*" eran aquellas que tenían privilegios especiales que les garantizaban ciertas libertades o autonomías, tales como la dispensa permanente de pagar tributo al Rey o al señor feudal de la región.

Igualmente en esa época la iglesia católica concedía, a ciertos señores de tierras, autorizaciones para que actuaran en su nombre, en la recolección de los diezmos debidos a la iglesia, permitiendo que un porcentaje de lo recaudado fuera para ellos a título de comisión y el resto para el Papa¹.

Al final de la Edad Media, la palabra y su práctica desaparecieron en Francia.

La primera generación de franquicias comerciales, conocida como sistema de punto de ventas cautivas, surgió en el siglo XVIII entre los cerveceros alemanes que contrataban con las tabernas de venta de cerveza de su marca exclusivamente².

1.2. PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA

La Franquicia tal y como la conocemos en la actualidad, nace durante la década de 1850 a 1860, la Singer Sewing Machine Company resolvió cambiar su estructura básica de funcionamiento, estableciendo una red de

¹ GONZALES CALVILLO, Enrique y Rodrigo, " Las Franquicias la Revolución de los 90 ":Ed. Mc Graw Hill, México 1994, pp. 32.

² Ver www.conferco.es/franquic/franpas1.htm.

concesionarios a quienes se les cobraba una participación por el derecho de distribuir sus maquinas de coser en territorios específicos debido a los altos costos laborales que implicaba el sostenimiento de numerosos vendedores directos.

Aunque Singer mantuvo este esquema tan sólo por 10 años, haciendo a Singer una de las marcas más reconocidas en el territorio americano, sembró las bases del actual sistema de franquicias, habiendo sido ésta, una franquicia de producto y marca, dando origen a los elaborados sistemas de franquicias con que contamos actualmente³.

No obstante lo anterior, la utilización masiva del sistema de franquicias por el sector privado comenzó en Norte América en 1865, al finalizar la Guerra de Secesión, como forma de expansión de las actividades de los industriales del norte en colaboración con viajeros y comerciantes del sur y oeste.

En 1898, la General Motors adoptó un sistema similar, ya que no contaba con los recursos para abrir puntos de comercialización propios, viéndose en la necesidad de otorgar concesiones. Las compañías petroleras y de auto partes siguieron el ejemplo de las dos anteriores, logrando con este sistema expandir la distribución de sus productos, sin capital ni riesgos propios.

En esta misma época la industria de refrescos comenzó a utilizar igualmente el sistema de franquicias. En este caso, una embotelladora, recibía el concentrado, o el derecho de producir el concentrado, mediante la utilización de una formula, junto con el derecho de producir los refrescos, identificados con la marca del franquiciador y de distribuirlos en un área exclusiva.

Por su parte, el dueño de la marca realizaba la publicidad, el mercadeo y otros servicios de apoyo, exigiéndole al franquiciado la producción de los refrescos, obviamente bajo estrictos criterios de calidad previamente definidos.

³ GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique, " La Experiencia de las Franquicias ": Ed. Mac Graw Hill, México 1994, pp. 36.

En 1899, mediante la utilización de este sistema, la empresa Coca Cola se convirtió en la primera embotelladora del mundo. Para esa época Coca Cola operaba directamente sus fuentes de soda donde expendían sus productos; sin embargo, algunos inversionistas lograron convencer a la firma para que les otorgue el derecho a proveerse, por parte de Coca Cola, del concentrado necesario para embotellar la bebida en las instalaciones del franquiciado, quien se encargaría de distribuirla a nivel regional. El franquiciado, absorbía así el 100% del costo de instalación y se encargaba de su manejo, a cambio de recibir el concentrado necesario para el producto y el apoyo publicitario centralizado.

Conforme crecía la demanda del producto, los franquiciantes de Coca Cola vendieron a su vez franquicias a otros. De esta manera subfranquiciaron el negocio, de forma que adquirirían de Coca Cola el concentrado que luego, con su respectivo sobre precio, revendían a sus subfranquiciados. De este modo suplieron la falta de recursos y de habilidad administrativa necesarios para llegar directamente a todo su mercado nacional.

Pero en realidad las franquicias no tuvieron el apoyo y el reconocimiento público hasta la década de 1950, cuando los restaurantes y los hoteles empezaron a aparecer como auténticos clones a través de todo Estados Unidos. El ejemplo más claro es el caso de McDonald"s.

Todo comenzó cuando Ray Kroc, vendedor de profesión, se interesó por primera vez en las comidas rápidas en 1954, cuando observó el éxito que habían logrado los hermanos McDonald con un pequeño restaurante en las afueras de San Bernardino California. Es así, como decidió convencer a los dueños de la hamburguesería a desarrollar un novedoso sistema para expandir su negocio sin poner en riesgo capital propio y con aparentes ganancias para todos.

Después de mucho insistir, se firmó un acuerdo por medio del cual Kroc vendería el negocio a operadores independientes y los hermanos participarían en las utilidades.

En 1955, se inauguró el primer restaurante franquiciado, y para 1960 ya había 200 en la unión americana. En la actualidad, McDonald's es el líder indiscutible de las comidas rápidas y las franquicias, con más de 25,000 unidades en todo el mundo, incluyendo países como China y la Ex Unión Soviética y reportando ventas anuales de 36,000 millones de dólares. Hoy, la compañía sigue abriendo un establecimiento nuevo cada 12 horas.

El éxito de McDonald's dependió de su devoción casi fanática por la consistencia y el control de calidad. Desarrollaron un método o formato de negocio donde los concesionarios tenían que cumplir cada especificación a rajatabla. Además la uniformidad de McDonald's iba dirigida a una nueva generación de clientes de alta movilidad, por lo que una hamburguesa debía saber igual en Nueva York como en Houston.

Debido al gran renombre que adquirió McDonald's en pocos años, muchos hombres emprendedores captaron el mensaje y se apropiaron de la idea al empezar a franquiciar todo tipo de productos y servicios. Es así, como esta singular forma de negocios se convirtió en una de las ideas más redituables que existen actualmente en el mundo⁴.

⁴ 13 RAAB, Steven, MATUSKY, Gregory, " Franquicias: Como Multiplicar su Negocio ": Ed. Limusa, México 2002, pp. 31.

CAPÍTULO II

LA SITUACIÓN EN BOLIVIA

CAPÍTULO II

LA SITUACIÓN EN BOLIVIA

2.1. EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN BOLIVIA

En nuestro país los primeros antecedentes de franquicias datan de comienzos del siglo XX cuando firmas como Coca Cola y Kraft empezaron sus actividades y continúan hasta la fecha.

En una breve reseña histórica resumiremos la actividad franquiciante de una de las empresas mas importantes como es Industrias Venado, que el 15 de julio de 1949, suscribió un contrato de licencia de marca, asistencia técnica y know how con Stándar Brand Incorporated, NY, para la fabricación de los siguientes productos:

- Levadura de panificación fresca y seca de la marca Fleischmann.
- Polvos de hornear Fleischmann y Royal – postres (pudines y gelatinas).
- Sopas y cremas Maggi.
- Nescao, (bebida chocolatada en polvo).

Por conclusión del contrato de 10 años y en vista que la firma Nestlé S.A. fundó su propio distribuidor en Bolivia, en fecha mayo de 1989, finalizó en la forma más amigable la relación con Nestlé S.A.

El 17 de agosto de 1979, registró la marca Kris de propiedad de Industrias Venado S.A. para la fabricación de mostaza, mayonesa, ketchup y otros productos, registro que comprende la propiedad industrial que acredita a Industrias venado según Resolución N° 39747 de la clase 007 del grupo 1 de la nomenclatura legal.

En fecha 1º de julio de 1991 Industrias Venado S.A. suscribió un contrato de comercialización con la firma Danesa Milco Internacional Amba, para la

distribución y comercialización exclusiva de la leche en polvo y evaporada de la marca Milex, contrato que concluyó durante el año 2000, por acuerdo de ambas partes.

En el mes de diciembre de 1996 Industrias Venado S.A., empezó a producir bajo marca propia, las sopas y cremas en sobres Kris, así como también los caldos en cubitos.

Durante el año 2000, la multinacional Nabisco Inc. fue vendida a la firma Kraft Foods Int. Y Venado mantiene el contrato de licencia de marca para la fabricación de los productos Royal y Fleischmann en las mismas condiciones originales.

Por conclusión del contrato y en vista que la firma KRAFT S.A. fundó su propio distribuidor en Bolivia, en fecha de Octubre 2004 se finalizó en la forma más amigable la relación con KRAFT S.A.⁵

Lo propio ocurrió cuando Coca Cola en 1946 ingresó a los hogares bolivianos, para la época muy pocas personas conocían de su existencia; ahora más de 60 años después, Coca Cola se encuentra posicionada como una de las gaseosas de mayor consumo en el país.

Con presencia en La Paz, Cochabamba, Tarija y Santa Cruz, Embol invirtió durante el 2009 cerca de 10 millones de dólares en sus diferentes plantas para mejorar la producción adquiriendo equipos de última tecnología.

Si bien la inversión en Santa Cruz fue cercana a los tres millones de dólares, gran parte de los cuales se usó en la adquisición de un terreno donde se trasladó toda la producción, el 2008 se invirtió una similar cantidad para comprar nuevas maquinarias y producir a mayor escala.

El movimiento económico de esta empresa es importante generando más de 1.200 empleos en el país, de los cuales 650 están en Santa Cruz.

⁵ Ver <http://www.grupovenado.com> reseña histórica

Las azucareras consideran a Embol uno de sus clientes más importantes, pues consumen cerca del 20 por ciento de la producción lo que se traduce en cerca de seis millones de dólares para los ingenios azucareros.

Asimismo, los envases de plástico son comprados en Santa Cruz y las botellas de vidrio son traídas desde Cochabamba. Como planta local, consumen en empaques alrededor de 750 mil dólares al año y en el país más de 3 millones de dólares.

En el área impositiva el 2009, Embol pagó 17 millones de dólares en impuestos. Esta empresa ocupa el sexto lugar en la lista de instituciones que realizan mayores contribuciones al Estado.

En Bolivia sus clientes ascienden a 60 mil; sólo en Santa Cruz son cerca de 15 mil. "Se han hecho estudios de que el 25 por ciento de los ingresos de sus clientes lo obtienen gracias a la industria de la gaseosa"⁶

2.2. LEGISLACIÓN COMERCIAL

La franquicia es un tipo de contrato utilizado en comercio por el que una parte llamada franquiciador cede a otra llamada franquiciado la licencia de una marca así como métodos de hacer negocios a cambio de una tarifa periódica o royalty.

La franquicia consiste en aprovechar la experiencia de un empresario que ha conseguido una ventaja competitiva destacable en el mercado. Dicha ventaja puede consistir en una marca de prestigio, productos o métodos patentados o simplemente un profundo conocimiento del negocio que le hace conocedor de la fórmula de obtener beneficios.

La razón fundamental del éxito del contrato de franquicia es que resulta el vínculo ideal entre los grandes capitales y las pequeñas y medianas empresas, además de ser estrategia de diversificación y marketing extraordinario, como sistema de comercialización de un producto o servicio.

Aplicando estos criterios y después de un análisis de la cantidad de empresas franquiciantes en Bolivia, podemos advertir que este tipo de contratos adoptan muy pocas empresas y personas, siendo una de las causas de la necesidad de legislación para entrar en este mundo dinámico del comercio.

En Bolivia es importante incentivar los negocios basados en la actividad comercial en régimen de franquicia desarrollado por medio de los denominados acuerdos o contratos de franquicia, mediante los cuales mejora la distribución de los productos y la prestación de servicios, aumenta las fuentes de trabajo, etc., pues da a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas lo que facilita la entrada de nuevos competidores en el mercado particularmente en el caso de pequeñas y medianas empresas aumentando así la competencia entre marcas. A la vez permite que los comerciantes independientes puedan establecer negocios más rápidamente, en principio con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y ayuda del franquiciador abriéndoles así la posibilidad de competir en forma eficaz con otras empresas de distribución. Todas estas razones nos inducen a la premiosa necesidad de incorporar en nuestra legislación al contrato de franquicia.

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN COMPARADA

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN COMPARADA

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Es indudable el auge de la franquicia en España durante los últimos años, fundamentalmente a partir de mediados de la década de los años noventa. La celebración de numerosas ferias de franquicias, la edición de libros y revistas especializadas en franquicias, el asesoramiento sobre este sistema comercial por un gran número de consultoras, la configuración de portales sobre la franquicia, así como la publicidad llevada a cabo por las empresas franquiciadoras son algunos de los indicadores del crecimiento de este sistema comercial.

El sector de la franquicia constituye una excelente oportunidad de desarrollo personal y empresarial para muchas personas, de ahí que una gran cantidad de empresarios, antes de constituirse como tal, se informen del funcionamiento de este sistema, así como de sus ventajas e inconvenientes.

Cualquier persona interesada por el sistema de franquicia puede elegir entre una gran variedad de sectores empresariales, ya que la franquicia es aplicable a sectores tan variados como inmobiliarios, moda y confección, servicios, etc. Sin embargo, la integración dentro del sistema de franquicia requiere enfrentarse a una gran variedad de situaciones peculiares que se tendrán que abordar de inmediato, necesitándose para ello un elevado grado de conocimiento que permita facilitar la comprensión de todos los aspectos relativos a éste.

El objetivo que se plantea con este trabajo es ofrecer una visión sintética y actualizada de la franquicia en España, que pueda servir tanto a los franquiciadores como a los franquiciados para tener un conocimiento de la situación real de este sector tan importante para la economía española. Asimismo se señalan las asociaciones, las ferias y salones de franquicia

existentes en España, que pueden facilitar la obtención de información sobre este sistema.

La legislación que se aplica a todas las franquicias en España, está siendo cada vez más sólida. El sistema de franquicias en España viene regulado por el artículo 62 de la LEY 7/1996, del 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista indica que las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores deberán inscribirse en el Registro de Estado que garantiza la centralización de los datos relativos a los franquiciadores que operen en más de una Comunidad Autónoma, a los efectos de información y publicidad. En todo caso, el Registro se formará con los datos que faciliten las Comunidades Autónomas donde los franquiciadores tengan su domicilio o directamente por los datos de los franquiciadores que no tengan su domicilio en España. Por tanto, la inscripción de las empresas en el Registro es un requisito previo y de carácter obligatorio antes del inicio de la actividad. En la actualidad el Registro depende de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Hacienda, y se coordina con aquellos otros que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

El REAL DECRETO 2485/1998 desarrolla el artículo 62 de la LEY 7/1996. En dicho Decreto se establece que la actividad comercial en régimen de franquicia mejora normalmente la distribución de productos y la prestación de servicios, pues da a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que facilita la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, y aumentando así la competencia entre marcas. A su vez, indica este Real Decreto, la actividad comercial en régimen de franquicia permite que los comerciantes independientes puedan establecer negocios rápidamente y, en principio, con más posibilidades de

éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y sin la ayuda del franquiciador.

LEGISLACIÓN ARGENTINA

Aún no se ha establecido una regulación específica en este país, por lo que las partes se encuentran sumamente desprotegidas. Su única defensa parte del principio establecido en el artículo 1197 de su Código Civil que establece que los contratos son ley inquebrantable para las partes. Esta disposición da pie ciertamente a que se cometan abusos y ventas de negocios que no están preparados, salvo en apariencia para ser franquiciados.

Sin embargo, el hecho de que la franquicia no esté regulada en la República de Argentina, no quiere decir que no exista legislación que lo afecte de alguna manera.

Existen las leyes sobre tecnología, marcas o patentes, arriendos comerciales, giros de divisas, moneda extranjera, formas societarias, propiedad para extranjeros, propiedad intelectual, legislación fiscal y legislación laboral, además de opiniones dispares de alcance de la legislación sobre responsabilidad por productos defectuosos o de quiebra y jurisprudencia conflictiva, sobre responsabilidad laboral del franquiciante.⁷

LEGISLACIÓN BRASILEÑA

El caso brasileño, es, sin duda, uno de los más interesantes y del cual más podemos aprender en Bolivia y América latina. De entrada, las franquicias en Brasil surgieron de una forma muy distinta a la de los demás países que importaron sus primeras franquicias de Estados Unidos. Esto se debió a que las franquicias extranjeras fueron desalentadas a entrar en este voluminoso mercado por controles de divisas sumamente estrictos que restringían la salida de regalías y dividendos. Por ello, se produjo un fenómeno parecido al

⁷ GONZALES CALVILLO, Enrique y Rodrigo, " Las Franquicias la Revolución de los 90 ":Ed. Mc Grawhill, México 1994, pp. 35.

del mercado norteamericano de la posguerra, en el que, ante la falta de tecnología del exterior, los brasileños desarrollaron la propia.

A mediados de los cincuenta Brasil ya contaba con 3 franquiciantes que operaban de acuerdo con esquemas de primera generación.

Actualmente este país cuenta con más de 900 franquicias de alta complejidad de las cuales solo el 10% son de origen extranjero lo que lo convierte en el segundo mercado mundial de franquicias después de Estados Unidos.

El gran auge de las franquicias en este país se produjo a mediados de la década de los ochenta después de un crecimiento muy paulatino. Este estallido no sólo se produjo en términos de volumen, sino también en cuanto a calidad y tecnología de las franquicias locales, lo cual habla de la madurez de este mercado.

Esta consolidación trajo como consecuencia que hoy exista una gran variedad de franquicias brasileñas fuera de su territorio. Algunas en Estados Unidos, otras en Portugal, Japón y México. La mayoría de estas franquicias son del ramo alimentario, representadas por las llamadas churrasquerías, además de algunas en el ramo del vestido y de la cosmetología.⁸

Según **William LeSante**, director gerente de la consultoría LeSante Internacional "Las franquicias brasileñas se han puesto a nivel de las norteamericanas y además generan ventas de unos US\$ 7,000 millones anuales".⁹

⁸ GONZALEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, " Franquicias: La Revolución de los 90 ": Ed. Mc Graw Hill, México 1991, pp. 53.

⁹ Ver <http://www.latintrade.com/newsite/esp/content/archives.cfm?StoryID=1656> Fecha de consulta 28 de octubre de 2003.

SU LEGISLACIÓN.

El 15 de abril de 1997, el Instituto Brasileño de Propiedad Industrial emitió la disposición 135/97, que estableció las normas para la aprobación de un acuerdo de franquicia. A su vez la ley 8955, del 15 de diciembre de 1994, dispuso la entrega obligatoria, a cualquiera que se postule para franquiciante, de una circular de oferta de franquicia (COF).

La COF debe ser proporcionada al candidato de la franquicia al menos 10 días antes de la ejecución del contrato del acuerdo de franquicia o de un precontrato de franquicia o del pago de cualquier suma de dinero.

El contrato de franquicia debe ser firmado ante dos testigos y su validez no depende de un registro ulterior. Los contratos firmados en el extranjero deben ser también registrados en Brasil, a efectos de su publicidad frente a terceros.

Es interesante destacar que la falta de entrega de la información correspondiente al franquiciador, o su falsedad, provocan la nulidad de la relación, con la consiguiente obligación del franquiciante de devolver al franquiciado las sumas ya pagadas por éste con interés a una tasa módica (caja de ahorro).

LEGISLACIÓN MEXICANA

En México, regulan a la franquicia expresamente dos artículos: el 142 de la LPI (Ley de Propiedad Industrial) y el 65 de su Reglamento. Con esto se agota la regulación especial que en México existe sobre esta figura.

Ahora bien, el hecho de que la LPI contemple a la franquicia, no convierte a este contrato en una figura típica en el Derecho mexicano, en virtud de que la misma no contempla la relación jurídica entre el franquiciante y el franquiciado en su relación de Derecho Privado, los efectos que se producen de este negocio jurídico y las normas supletorias de la voluntad de las partes. La reglamentación contenida en las citadas disposiciones es de derecho

administrativo y registral, sólo contempla la relación entre las partes contratantes con la Administración Pública Federal I.M.P.I. (Instituto Mexicano de Propiedad Industrial), titular del registro de contratos de licencia de marcas.¹⁰

¹⁰ TORRES DE LA ROSA, Alejandra, " El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano ", Ed. Porrúa, México 2000, pp. 44.

CAPÍTULO IV

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

CAPÍTULO IV DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

4.1. DEFINICIÓN DE CONTRATO

El contrato se define como el acuerdo de dos o mas partes para constituir, regular o disolver entre ellas una relación jurídica patrimonial que se engendra por el mismo contrato.

Aunque para la mayoría de los autores contrato es sinónimo de convención, así Savigni del mismo modo que otros tratadistas manifiesta que convención es el simple acuerdo de voluntades y que contrato es cuando este acuerdo ingresa en la esfera jurídica constituyendo, modificando o suprimiendo obligaciones, esta definición se halla prescrita en el Art. 450 del código civil en actual vigencia cuando dice " *hay contrato cuando dos o mas personas se ponen de acuerdo para constituir entre si una relación jurídica*".

De manera que al referirnos al contrato, diremos que este no es un simple compromiso de amistad sino que al pactarlo generalmente mediante documento privado o escritura pública se lo hace con la intención de crear derechos por una parte y obligaciones por otra, teniendo la protección de los tribunales, si fuera preciso, en caso de incumplimiento.

Con tales antecedente diremos que en la formación de y nacimiento de un contrato, concurren dos voluntades, la una en cuyo favor se establecen derechos y la otra al cumplimiento de la obligación.

Por ello es que, para que un contrato surta eficacia jurídica, el Art. 519 del mismo código civil señala que: "*El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por el consentimiento mutuo o por la causas autorizadas por ley*".¹¹

¹¹ SARAVIA, Imaña Max Benjamín, "Manual Practico de Contratos", Ed. Jurídica Temis, La Paz - Bolivia 2005, pp. 16.

Toda obligación nace de un hecho, dentro de aquellos regulados por la Ley, se encuentran los actos jurídicos, considerados como una manifestación exterior de la voluntad con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, produciendo precisamente el efecto deseado por su autor y que pueden ser :unilaterales, que exigen solamente una voluntad para su creación y bilaterales, que se crean por el acuerdo de dos voluntades; a estos últimos se les denomina convenios, de los cuales aquellos que crean o transmiten derechos u obligaciones son denominados contratos.

El contrato es la fuente más importante de las obligaciones. Es una institución jurídica que excede los límites de la esfera de lo civil, pues existen contratos mercantiles, laborales, administrativos etc. Por consiguiente, antes de entrar en el análisis del contrato materia de esta investigación, es necesario establecer una definición uniforme sobre ellos.

En su significación semántica, contrato es un acuerdo entre dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico determinado o determinable.¹²

4.2. CLASIFICACIÓN

4.2.1. CONTRATO TÍPICO

Es el que está regulado en la legislación positiva, como es el caso del Contrato de anticresis, depósito, venta, arrendamiento, bancario, etc., son contratos previstos en los códigos vigentes, como el Código Civil, Código de Comercio y otros.

¹² DI COSTANZO, Juan, " Desarrollo de Sistema de Franquicias ": Ed. Mac Graw Hill, México 1997, pp. 62.

4.2.2. CONTRATO ATÍPICO

Es el que no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos, caso en el cual se esta ante un contrato innominado, o aquel que combina las formas diversas de los existentes regulados, situación que se conoce como contrato múltiple.¹³

4.3. DEFINICIÓN DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Los contratos han sido siempre parte fundamental de la historia del hombre, pues han sido un factor sumamente importante para regular varios aspectos que implica el vivir en sociedad. No se tiene la noción exacta de cuando se comenzaron a utilizar por primera vez, pero se sabe gracias a investigadores y estudiosos de la materia, que en los albores del derecho romano aparecieron las primeras figuras contractuales, que aunque contaban con una tímida y deficiente configuración, tenían como base el que se llevaran acabo entre voluntades libres e iguales, es decir, que se estableció el principio o dogma de la autonomía de la voluntad como eje rector de esta nueva figura, principio que hasta nuestros días se sigue utilizando teniendo como únicas limitaciones, la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres

Algunos países, preocupados de proteger a las clases más necesitadas, separaron del derecho civil entre otros, a los contratos laborales y agrarios. Por ello se creó por un lado, el derecho social en el que se agrupan el del Trabajo y el Agrario, y por otro se modificaron los Códigos civiles restringiendo la libertad de contratación.

Aún así, la libertad contractual persiste y tiene su máxima expresión en los múltiples contratos no regulados por el Derecho que surgieron a fin de realizar operaciones jurídico-económicas que no están previstas dentro de los tradicionales tipos contractuales; pero la tendencia es que en un futuro, si se demuestra que su uso es constante y realmente satisfacen una necesidad

¹³ Ídem, pp. 233.

generalizada, la mayoría de ellos acaben siendo reconocidos por el legislador, pasando entonces de la atipicidad a la tipicidad, determinando así los requisitos y elementos mínimos que estos contratos deben tener, pero sin forzar la regulación, con otros requerimientos que sólo las partes pueden prever en base a sus situaciones concretas.

La experiencia histórica ha mostrado que si el sistema jurídico de un Estado entra a desarrollar todo el contenido de los contratos, con normas de carácter público o no, más que fomentar la utilización de los mismos los evita y procura la utilización de otras formas jurídicas en perjuicio de las partes más vulnerables.

Por lo pronto, el esquema estructural del contrato se mantiene vigente y aunque obviamente no es igual en algunos aspectos a sus antecesores debido al desarrollo de las nuevas civilizaciones, su esencia o eje rector todavía es el mismo; pues recordemos que el Derecho es una ciencia dinámica que esta en constante evolución con el fin de adaptarse y moldearse a las nuevas necesidades y tendencias sociales.

4.4. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Ya definido el contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones con respecto a un bien determinado o determinable, la legislación civil, establece los elementos estructurales para que pueda existir uno, y determina además ciertas exigencias para que - una vez nacido -, esté en aptitud de surtir todos sus efectos jurídicos.

Dicho de otra manera, los contratos constan de dos elementos: **a) elementos de existencia**, que se integran con el consentimiento, el objeto y excepcionalmente con la solemnidad; y **b) elementos de validez**, cuyos componentes son la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto y la formalidad (siempre y cuando sea exigida por la Ley).

4.4.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

4.4.1.1. El consentimiento:

Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción de efectos de Derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior, ya sea de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables u obvios.

El consentimiento se caracteriza porque es un elemento compuesto, no unitario por que se integra de dos o más voluntades. Una de esas dos voluntades que al unirse generan el consentimiento, recibe una el nombre de oferta y la otra de aceptación.

En el contrato de franquicia, el consentimiento consiste, como en todo contrato, "en la voluntad de las partes para obligarse y en el acuerdo de voluntades de estas respecto al contenido propio del contrato de franquicia."

4.4.1.2. El objeto

Tiene dos acepciones: El objeto directo del contrato, resulta ser el crear y transmitir derechos y obligaciones, mientras que el objeto indirecto o mediato es una conducta de dar, hacer, abstenerse o no hacer.

El objeto directo del Contrato de Franquicia, es transmitir ciertos derechos y crear determinadas obligaciones, las cuales serán analizadas con más precisión al estudiar el contenido obligacional del mismo.

Como objeto indirecto del Contrato, encontramos que surgen obligaciones de dar, hacer y no hacer, por ejemplo: el franquiciado se sujeta a un dar, al obligarse a pagar royalties o regalías y el franquiciante se obliga a un hacer, al dar conocimientos de soporte técnico al franquiciado y este último, se obliga a un no hacer, al comprometerse a no revelar los secretos industriales, que le haya concedido el franquiciante.

Una vez que se integra el consentimiento, y si ya hay además un objeto, entonces el contrato se perfecciona por lo que se genera un acto jurídico existente.

Pero hay ocasiones excepcionales en las que el legislador dispone, para que ciertos contratos prevalezcan requieren un elemento más:

4.4.1.3. La solemnidad

Es el conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles, en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del mismo.

La solemnidad no se requiere para que tenga existencia un contrato de franquicia.¹⁴

4.4.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ

Una vez que los contratos existen de acuerdo a los elementos mencionados, se examinan si gozan de ciertos requisitos para producir consecuencias jurídicas.

4.4.2.1. Capacidad

Es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de Derecho, por serlo, debe de tener capacidad jurídica; está puede ser total o parcial. La doctrina define a la capacidad de goce como la aptitud del ser humano para ser titular de derechos y obligaciones; en cuanto concierne a su capacidad de ejercicio la ley civil determina que es la aptitud jurídica de ejercer esos derechos y obligaciones. La capacidad para contratar, es una subespecie de la capacidad de ejercicio y consiste, en la aptitud reconocida por la Ley a una persona para establecer por sí, un contrato, sin necesidad de substitución o de asistencia de otras.

¹⁴ GUTIERRES Y GONZALEZ, Ernesto, " Derecho de las Obligaciones ": Ed. Porrúa, México 2002, pp.298 - 319.

Para la celebración del contrato de Franquicia, las partes requieren de capacidad legal para ejercer actos de comercio.¹⁵

4.4.2.2. Ausencia de vicios en el consentimiento

Aún cuando exista el consentimiento en un contrato, este pudo haberse dado de forma deficiente, es decir, que no se haya dado de forma libre y veraz, de tal manera que sea por un vicio que afecte el entendimiento (error o dolo), que afecte la voluntad (violencia), o bien que afecte a una y otra facultad (lesión). Es relativa la nulidad que se suscita cuando un contrato se realiza con vicios en el consentimiento. Por lo tanto el contrato se puede remediar una vez que han detenido los vicios y la parte afectada ha corroborado su voluntad.

4.4.2.3. Error

Es una creencia contraria a la verdad; es un estado psicológico en el que existe una discordancia entre el pensamiento y la realidad, es decir, el falso concepto de la verdad.

4.4.2.4. Dolo

Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión que se emplee para inducir a error o mantener en el a cualquiera de los contratantes. Puede existir dolo principal o incidental. El principal, es el que recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de uno de los contratantes; el incidental, el que recae sobre otros aspectos o circunstancias que provocan, que uno de los contratantes se encuentre en circunstancias desfavorables. También existe el dolo bueno que consiste en exagerar los atributos del bien objeto del contrato.

El dolo es un error provocado, lo que hace más fácil su prueba y permite exigir el pago de daños y perjuicios a quien lo provocó; sin embargo, cuando ambas partes actúan con dolo, dicha indemnización no es exigible.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 319 - 435.

4.4.2.5. Mala fe

Se entiende por mala fe "la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". En otras palabras, cuando a una persona no se le saca de su error y se permite que continúe en él.

4.4.2.6. Violencia

Es el miedo causado por la advertencia de sufrir un daño personal, patrimonial, moral o pecuniario, y que lleva a dar la voluntad para realizar un acto jurídico. Nuestro código sigue al derecho Romano al hacer distinción entre violencia objetiva y subjetiva. La primera, exige que las amenazas sean ilegítimas o contrarias a derecho y las segundas, exige que dicha amenaza importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

4.4.2.7. Lesión

Es el vicio de la voluntad de una de las partes en razón de una desproporción en el valor de las prestaciones otorgadas en un contrato bilateral oneroso, del cual se desprenden dos tipos : la lesión como vicio objetivo , que consiste en la obtención de un lucro excesivo, evidentemente desproporcionado a las obligaciones de la parte perjudicada; la lesión como vicio subjetivo, que consiste en la explotación de la suma ignorancia, notoria, inexperta o extrema miseria de uno de los contratantes.

4.4.2.8. Licitud en el objeto

Lo estipulado en el contrato no podrá ser contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres.

La licitud debe recaer sobre el objeto tanto jurídico como material del contrato.

También debe recaer sobre el fin o motivo determinante de la voluntad que es lo que se conoce como la causa del contrato.¹⁶

4.4.2.9. Forma

En nuestro Código se establece la libertad contractual como principio general, y como excepción, la formalidad para la celebración de determinados contratos; lo anterior, sin olvidar que se establecen reglas de formalidad específica en la mayoría de los contratos. Esta reaparición del formalismo en nuestro sistema jurídico, obedece a ciertos elementos, tales como el interés público en evitar litigios, así como dotar de precisión y seguridad a las obligaciones asumidas.

¹⁶ GUTIERREZ YGONZALEZ, Ernesto, " Derecho de las Obligaciones "Ed. Porrúa, México 2002, pp. 399.

CAPÍTULO V

CONTRATO DE FRANQUICIA

CAPÍTULO V

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

5.1 NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina mas autorizada califica al FRANCHISING, como un contrato de colaboración empresarial, que implica básicamente, un modelo de colaboración entre distintas empresas independientes, a los fines de que por medio de la acción común de las mismas, se logre, el desarrollo de los negocios en forma más eficaz.

Pero si bien debería existir un equilibrio de poder, en realidad es el franquiciante quien somete al franquiciado y pone a disposición del mismo dos elementos: el primero, es una técnica empresarial para asegurar el éxito de la franquicia y en segundo lugar, producto, marca en el mercado que gozan de una fama y buen nombre en el mercado. Siendo uniforme tales elementos para todos los franquiciados que integran la red del franquiciante, creando así una imagen de distribución.

Para otros autores, el franchising contiene todas las características del contrato de concesión manifestando que son de aplicación las normas reguladoras de la misma y agregando las normas relativas a la transferencia de marcas, designaciones comerciales y tecnología.¹⁷

Desde el punto de vista del Código Civil, opinan los autores, que se trata de un contrato atípico, innominado, conmutativo, no formal, bilateral, oneroso de ejecución continuada, siendo de aplicación, los principios generales de los contratos, la autonomía de la voluntad y los principios de orden público y buena fe en su celebración y ejecución.

¹⁷ ROMERO JOSE I., MANUAL DE DERECHO COMERCIAL Parte General, Ed. Depalma, año1996, pag.317.

5.2 TERMINOLOGÍA

En el ámbito internacional, este modelo de contratación es conocido por su nombre o designación dada en su país de origen, Estados Unidos de América como *FRANCHISING*, mientras que en el mundo de habla hispana traducido a idioma castellano es "*FRANQUICIA*", pero lamentablemente, el significado idiomático de esta palabra no expresa el concepto y el contenido del "*Contrato de Franchising*", en su totalidad. Pero a nuestro humilde entender, siguiendo a MARTORELL se lo debe denominar "*FRANQUICIA COMERCIAL*", ya que, es la terminología utilizada en los proyectos de legislación española.

5.3 CONCEPTO Y DEFINICIÓN

A nivel doctrinario, no existe un consenso sobre su conceptualización, siendo en aproximación un contrato por el cual, un comerciante (franquiciante), otorga a otro (franquiciado), la licencia, para que venda productos o servicios de su titularidad. Generalmente, se paga un canon por este privilegio, mas una regalía (royalti) sobre grandes ventas.

Para otros, es un sistema de distribución comercial llevado a cabo por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba, la transmisión de un *know how*, la licencia y usos de una marca, asistencia técnica y contable bajo control de otorgante y de conformidad con un método preestablecido por él, en contraprestación de lo cual se paga un canon y otras prestaciones adicionales.¹⁸

¹⁸] LAIRD SIEGEL, WILLIAM, Franchising, Pág. 8. Dicen Cook, Cecilia - Iturralde, María C., y otros, Franchising, en "Derecho Económico", N°14, Pág. 119.

5.4 CLASIFICACIÓN

Atendiendo a su inminente función económica y al campo de derecho donde se realiza, este contrato ha sido clasificado por la doctrina de la siguiente forma:

5.4.1. Mercantil

No hay ninguna duda sobre su Mercantilidad ya que tienen como finalidad la especulación; es decir que se efectúa entre comerciantes para explotar una empresa o para distribuir y revender productos.

5.4.2. Principal

Pues existen por si mismos, ya que para su validez y cumplimiento no dependen de otro contrato.

5.4.3. Bilateral o sinalagmático

Por que generan obligaciones a cargo de las dos partes contratantes.

5.4.4. Oneroso

Debido a que impone ingresos y gravámenes recíprocos; se debe establecer una forma de retribución del franquiciado al franquiciante, en contraprestación de los servicios, asistencia, licencia de marca etc.

5.4.5. Conmutativo

En virtud de que las prestaciones a cargo de las partes son ciertas desde la celebración del contrato.

5.4.6. Intuitio personae

Por que se suelen otorgar atendiendo a la capacidad económica del franquiciado, así como, a sus cualidades personales y profesionales. Por lo mismo, el franquiciante debe evaluar con sumo cuidado a los posibles franquiciados y sólo otorgar franquicias a los prospectos que reúnan las condiciones o los requisitos que el juzgue necesarios.

5.4.7. De tracto sucesivo

Por que las obligaciones que se generan para cada parte no se agotan en el momento de la celebración del contrato sino que se perduran mientras tenga vigencia este.

5.4.8. Innominado

Pues no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico y por ello no se puede decir aun si es formal o no.

5.4.9. De colaboración

Ya que la asistencia e intercambio de información y experiencia entre las partes, se constituye en un elemento imprescindible para el éxito de la actividad.

5.4.10. De Adhesión

Ya que una de las partes elabora unilateralmente el contrato, dejando a la otra parte en la imposibilidad de negociar las cláusulas del mismo.

5.4.11. Atípico

Porque no tiene una denominación especial, carece de una reglamentación particular y específica en cuanto a la relación de Derecho Privado entre las partes contratantes.

5.5 ELEMENTOS BÁSICOS DE LA FRANQUICIA

5.5.1 Licencia de uso de marca

Marca: La ley de Marcas de 15 de enero de 1918 define a las marcas como "todo signo, emblema o denominación característica y peculiar, con que se quiera especializar los artefactos de una fábrica, los objetos de un comercio, los

productos de la tierra y de las industrias agrícolas, forestal, ganadera y extractivas".¹⁹

La marca es definitivamente uno de los activos más valiosos de la franquicia, sobre todo cuando se compite en una economía abierta como la nuestra. Tiene como característica principal el vincular y posicionar en la mente del consumidor final una imagen de garantía, servicio y calidad, con la cual ésta adquiere un reconocimiento y un prestigio que trasciende al establecimiento o punto de venta visitado y es relacionado automáticamente con cualquier otro en el cuál se pueda identificar claramente, como sinónimo de los valores y satisfactores antes encontrados.

Las marcas pertenecen a quienes las han registrado debidamente ante el órgano gubernamental competente.

Como cualquier pertenencia, éstas pueden ser vendidas o arrendadas a otros individuos, pero para poder transmitir los derechos de uso de una marca es necesario conceder una licencia para su uso para ello deberá realizarse el trámite de licencia y registro establecido en la ley de marcas; así una marca podrá ser utilizada tanto por su titular como por aquellos a quienes éste último conceda licencia. Sin embargo; esta, licencia podrá efectuarse única y exclusivamente cuando el registro de la marca se encuentre vigente o en trámite.

Las acciones correspondientes al titular de la marca tendientes a la defensa y protección de la misma, las podrá ejercitar el licenciataria salvo pacto en contrario, en caso de franquicias se

¹⁹ GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto, " Derecho de las obligaciones ": Ed. Porrúa, México 2002, pp.638.

recomienda en la legislación comparada, que el franquiciante se reserve el ejercicio de dichas acciones.

En resumen de todo lo dicho anteriormente, una franquicia existe gracias al registro de su marca, de tal manera que éste es uno de los elementos considerados como más importantes, sin que por ello esto quiera decir que toda empresa que cuente con una marca registrada será forzosamente exitosa.

Patente: Una patente es un conjunto de derechos exclusivos garantizados por un gobierno o autoridad al inventor de un nuevo producto (material o inmaterial) susceptible de ser explotado industrialmente para el bien del solicitante de dicha invención (como representante por ejemplo).

El término deriva del latín patens, -entis, que originalmente tenía el significado de "estar abierto, o descubierto" (a inspección pública) y de la expresión letras patentes, que eran decretos reales que garantizaban derechos exclusivos a determinados individuos en los negocios. Siguiendo la definición original de la palabra, una de las finalidades de la legislación sobre las patentes es la de inducir al inventor a revelar sus conocimientos para el avance de la sociedad a cambio de la exclusividad durante un periodo limitado de tiempo. Luego una patente garantiza un monopolio de explotación de la idea o de una maquinaria durante un cierto tiempo.

Las patentes son un privilegio legal que conceden los gobiernos a los inventores, con la finalidad de prohibir a cualquier otra persona fabricar, utilizar o vender el producto, procedimiento o método patentado a cambio de divulgar un modo de realización del producto, procedimiento o método.

El principio en el cual se basa el sistema de las patentes es que al proteger el invento contra el uso ilegal, el gobierno fomenta la invención. La creación está protegida durante un plazo de tiempo determinado, permitiendo al inventor ser el único que venda o explote el invento. De esta forma, su beneficio es mayor, y rentabiliza los recursos invertidos en la investigación. Las patentes son una de las opciones para evitar que cualquier persona copie un producto o una maquinaria. Al mismo tiempo, las patentes deberían servir a los efectos de una difusión efectiva y rápida de las nuevas ideas en tecnología, mejorando el acceso a la tecnología.

Muy al contrario de lo que en el imaginario popular se relaciona con la palabra "patente" la información contenida en las patentes es de naturaleza pública, en principio cualquiera puede acceder a esa información, aunque sólo el titular la puede usar con fines comerciales.²⁰

Para efectos de la Franquicia, la patente no es necesariamente objeto del contrato, sino que sólo se da en aquellos casos en que el franquiciante, en la explotación objeto de la franquicia, tiene el proceso de fabricación, manufactura o el producto correspondiente, protegido por alguna o algunas patentes que requieren de que se autorice el uso para los franquiciados.²¹

Cuando el contrato de franquicia incluye autorización de explotación de una o varias patentes, estas deben identificarse en el contrato con su número, fecha de expiración y el o los inventos, procesos o productos que ampara.

²⁰ Ver <http://es.wikipedia.org/wiki/Patente>

²¹ ARCE GARGOLLO, Javier, " El Contrato de Franquicia ": Ed. Themis, México 1994, pp.40.

5.5.2. Asistencia técnica

Por su parte, la Asistencia Técnica, que como ya se había dicho forma parte del know-how de la empresa franquiciante, es un elemento crucial dentro de una franquicia porque permite brindar capacitación, mantenimiento, supervisión y apoyo frecuente y permanente, así como sirve para verificar los estándares de uniformidad, calidad, prestigio e imagen, observando actualmente que muchas franquicias aprovechan diferentes herramientas tecnológicas como instrumentos invaluable de soporte y asistencia.

Algunos de los programas de asistencia técnica que más utilizan los sistemas de franquicias son:

- Capacitación y entrenamiento del personal.
- Desarrollo y actualización de los manuales.
- Localización de los territorios y las unidades.
- Programas de Preapertura.
- Compras y abastecimientos de insumos.
- Asesoría de Campo.
- Control de operaciones.
- Supervisión continúa.
- Mercadotecnia y publicidad.
- Administración y finanzas.
- Seminarios y convenciones.
- Desarrollo de productos, servicios y técnicas nuevas.
- Formulas para incrementar las ventas.
- Visitas rutinarias de asesoría o inspección.

El know – how aparecerá siempre como materia del contrato de franquicia, éste llega a formar junto con la marca, uno de los elementos esenciales de

esta figura jurídica; es importante comentar que no todo el "saber hacer" de una franquicia puede ser protegida; lo es aquella información que se ampara a través de patentes de invención y aquella referida a información confidencial y privilegiada.

5.5.3. Transferencia de conocimientos

Know – How: Es un término proveniente del inglés, muy utilizado en los Estados Unidos y recientemente introducido en América Latina, se refiere a los conocimientos técnicos que el franquiciante transmite al franquiciado para operar una unidad franquiciada.

Algunos especialistas consideran que el know - how incluye como elementos fundamentales a los conocimientos técnicos y a la asistencia técnica, es decir, el qué y cómo del negocio.

En cuanto a los conocimientos técnicos, estos se encuentran especificados a aquellos métodos, procesos y logística operativa, administrativa, comercial y de imagen, habitualmente plasmados en manuales, y otros documentos, políticas y lineamientos del sistema de franquicia que forman la percepción de la garantía, servicio y calidad al ser eficientes y evidenciar una ventaja competitiva, constituyendo así un fuerte factor de diferenciación frente a posibles competidores; es necesario señalar que este know- how o saber hacer, generalmente involucra información confidencial y privilegiada que por sus particulares características, se considera como secreto industrial.

Un ejemplo de cuales pueden ser los diversos manuales que pueden realizarse serían los siguientes:

- Manual de estructura y organigrama de la central de la franquicia.
- Manual de concepto empresarial.
- Manual técnico de productos.
- Manual de procedimiento.

- Manual administrativo.
- Manual económico - financiero.
- Manual de normas gráficas e imagen corporativa.
- Manual de adecuación y decoración de locales.

5.5.4. Regalías

Equivalente al pago de una suma de dinero, generalmente definida como un porcentaje de las ventas brutas originadas por el franquiciado, la cual abona periódicamente al franquiciante. Este período puede establecerse de forma semanal, quincenal, mensual, etc.

El franquiciado debe pagar al franquiciante una suma fija y una regalía periódica sobre sus ventas o ingresos. Adicionalmente, por lo normal, también se pacta el pago de una regalía por el uso de marca.

Royalty:

Consiste en el desembolso en dinero o en especie que deberá realizar el franquiciado por beneficiarse de las diferentes ventajas que le otorga su entrada a la red de franquicias, incluyendo el derecho a usar la marca de la franquicia y todos los servicios de asistencia y asesoramiento que le serán prestados durante la vigencia del contrato.

Por otro lado, las regalías continuas son los royalties que pagará el franquiciado, en forma escalonada y durante la vigencia de la relación contractual, al dueño de la franquicia. Con este pago el franquiciado tiene derecho a usar la marca, recibir asistencia técnica y beneficiarse de las campañas de marketing y publicidad que teóricamente está realizando el franquiciante. Dentro de éstas se pueden destacar:

Royalty de Explotación:

Se pagarán regularmente por parte del franquiciado a cambio de los programas de asesoramiento, apoyo y seguimiento que haya diseñado el franquiciante y que prestará para asegurar el correcto funcionamiento del centro franquiciado.

Royalty de Publicidad:

Es la contribución que hará cada uno de los franquiciantes para la realización de campañas de marketing y publicidad a nivel regional o global dependiendo del caso, encaminadas a fortalecer la imagen de la marca y el conjunto de centros franquiciados.²²

Royalty por Ventas:

Es la suma que paga el franquiciado en relación al porcentaje de las ventas del negocio.

El porcentaje de royalty que se exige puede oscilar, dependiendo de cada caso, entre el 5% y el 20% del volumen de ventas del franquiciado.

Royalty de Desarrollo:

Es el pago que hace el franquiciado por el derecho a otorgar subfranquicias en un territorio determinado.

Las regalías continuas generan excelentes utilidades al dueño de un sistema de franquicias y constituyen " el verdadero negocio del negocio ", por lo mismo resulta de particular interés que el franquiciado se fije de forma minuciosa en observar que las bases de las regalías estén claramente descritas en el contrato, cuidado que no sean estas excesivas o exorbitantes de tal forma que le resulte imposible pagarlas durante la vigencia del mismo; además el franquiciado debe estar pendiente de que el mismo franquiciante

²² Ver www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm Fecha de consulta 02 de septiembre de 2011

este cumpliendo de manera cabal con las obligaciones previamente contraídas, pues de otro modo no estaría justificado pagar por algo que no se estuviera recibiendo prosiguiendo entonces a la rescisión del contrato y al respectivo pago de daños y perjuicios.

Por otra parte, la contraprestación, regalías o royalties, no son un elemento esencial de las franquicias, pues algunos sistemas no tienen contemplado el pago de estas durante la vigencia del contrato, ya sea porque se encuentran disfrazadas al ser incluidas en el precio de los bienes o servicios abastecidos por el franquiciante o porque en términos estratégicos resulta conveniente no cobrar contraprestaciones por otorgar una unidad de franquicia.²³

Pero la verdad es que en la práctica son muy pocos los contratos de franquicia que se dan de forma gratuita, por lo mismo es necesario establecer parámetros eficientes para evitar que la codicia de ciertos franquiciantes a la larga no repercutan en el fracaso de su propio sistema.

5.5.5. Propiedad Intelectual

Es la piedra angular de toda franquicia pues no sólo abarca lo que es la marca sino va mucho más allá. La propiedad intelectual está conformada por dos partes:

- **La propiedad industrial:** que se refiere a la protección de patentes, marcas, secretos industriales y está regulada por la Ley de Propiedad Industrial.
- **Los derechos de autor** protegen obras artísticas, literarias o programas de cómputo o software y está regulada por la Ley de Derechos de Autor.

²³ Ver www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm Fecha de consulta 02 de septiembre de 2011

Resulta fundamental detectar, proteger y mantener este tipo de derechos de propiedad intelectual para poder incrementar el valor de nuestra franquicia.

5.5.6. Confidencialidad

Es de interés no solo para el franquiciante, sino para todos los miembros de la red de franquicias, el mantenimiento del carácter secreto del saber hacer del franquiciante. Para ello, es necesario incluir el compromiso de confidencialidad al franquiciado respecto al saber hacer del franquiciante, así como el compromiso de no utilizar el saber hacer del franquiciante para fines distintos de la explotación del negocio objeto de la franquicia.²⁴

5.6 CLAUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Como se ha venido reiterando, cada contrato debe satisfacer sus propias necesidades y a fin de evitar malos entendidos que deriven en posibles controversias:

- **Partes:** son partes del contrato quien otorga la franquicia, es decir el franquiciante y el beneficiario de la misma, es decir el franquiciado.
- **Consideraciones generales:** se consignan bajo este capítulo en términos generales, las características distintivas del sistema por el cual se otorga la franquicia, la marca y las prestaciones de las partes.
- **Establecer la inexistencia de relación laboral o sociedad:** es importante destacar que entre el franquiciante y el franquiciado no existe vínculo laboral no societario, lo cual construye un atractivo más para la implementación de este contrato, ya que el franquiciante puede multiplicar indefinidamente su actividad, sin necesidad de establecer sucursales con personal dependiente.
- **Otorgamiento del territorio:** se define un territorio exclusivo, cuyos límites pueden estar representados por una zona delimitada por calles, por municipios, una región o un país y dentro de la cual el

²⁴ Ver www.elcontratodefranquicia.com.htm Fecha de consulta 9 de septiembre del 2011.

franquiciante concede al franquiciado el derecho de utilizar la marca y el sistema de operaciones definidos en el contrato.

- **Pago de derechos por la franquicia:** es el pago inicial de una suma de dinero que el franquiciado paga al franquiciante en contraprestación al otorgamiento de la franquicia y que permite generalmente al franquiciante recuperar los costos relacionados con la venta de la franquicia, con el soporte al franquiciado, etc.
- **Regalías:** Es el pago de una suma de dinero que el franquiciado paga periódicamente al franquiciante. Este período puede establecerse de forma semanal, quincenal y mensual.
- **Período de vigencia y renovación:** el período de vigencia es el acordado por las partes durante el cual el franquiciado desarrollará el sistema de franquicias otorgado por el franquiciante, bajo las modalidades establecidas en el contrato. Asimismo, las partes podrán establecer la renovación automática del contrato por períodos equivalentes al inicial pactado.
- **Incumplimiento y extinción:** se describen determinadas conductas contrarias a las pautas establecidas en el contrato, que representan su incumplimiento, estableciéndose que las mismas derivarán en la extinción automática del mismo, por culpa de la parte que hubiere incumplido. Las causas de rescisión deben estar claramente especificadas, lo que significa que no puede tratarse de razones poco transparentes o subjetivas.
- **Publicidad y marketing:** las partes acuerdan en el contrato la implementación de un sistema de marketing y publicidad que se deberá llevar a cabo para promocionar el desarrollo de la franquicia, ya sea en periódicos, televisión, Internet u otros medios.

Generalmente se establece en el contrato la formación de un fondo de publicidad administrado por el franquiciante, al que cada franquiciado

pertenciente a la misma franquicia contribuye periódicamente, con una suma equivalente a un porcentaje de las ventas brutas que origine por el desarrollo de la franquicia en su territorio exclusivo.

- **Ubicación, remodelación y apertura del local:** las partes acuerdan en el contrato todas las características relativas a la ubicación, decoración, diseño exterior e interior, remodelación, oportunidad y condiciones de apertura del local del franquiciado, de modo tal que todos los locales en los que se desarrolle la franquicia otorgada por el franquiciante brinden la misma apariencia y se desempeñen bajo idénticas modalidades.
- **Equipos, accesorios y mobiliarios:** también se establece contractualmente las características de los equipos, accesorios y mobiliario que deberá adquirir el franquiciado para desarrollar óptimamente la franquicia. Las pautas acerca de las especificaciones de marcas y tipos requeridos para la implementación de la franquicia son establecidas por el franquiciante, quien además podrá reservarse por el contrato la posibilidad de autorizar determinados suministros o proveedores exclusivos.
- **Capacitación y asistencia:** el franquiciante provee al franquiciado y todo su personal la capacitación necesaria para desarrollar el sistema de franquicias, estableciéndose en el contrato el plazo y las modalidades según las cuales se complementara dicha capacitación. Asimismo, se establece generalmente en el contrato que el franquiciante otorgará asistencia al franquiciado tanto en la capacitación inicial como posteriormente durante toda la vigencia del contrato de franquicia.

El tipo de entrenamiento que debe tomar obligatoriamente el franquiciado - antes, durante y después del lanzamiento de la

franquicia - tiene que estar claramente especificado. Si nada aparece en el contrato sobre este punto, entonces no es una franquicia seria.

Las partes acuerdan en el contrato todas las modalidades y limitaciones relacionadas con el uso de la marca de la cual es licenciataria exclusivo el franquiciante y cuyo derecho de uso otorga al franquiciado.

El tema de la marca es uno de los más delicados, pues en la mayoría de los casos su mal uso puede perjudicar a la empresa y al resto de los franquiciados. En el contrato se estipula como debe utilizarse la marca, que el franquiciado no es dueño de ella, y que todos los derechos en relación con ella son del franquiciante.

- **Contabilidad y registros:** se establecen contractualmente las pautas necesarias para que el franquiciado adapte su sistema de contabilidad y el mantenimiento de sus registros, al sistema implementado por el franquiciante.

Los reportes del franquiciado tienen dos propósitos: la supervisión de franquiciado y el asesoramiento. De los reportes surgen los problemas que el franquiciado pudiera tener y el consiguiente consejo del franquiciante sobre cómo sortearlo. El reporte más usual es el de ventas, pues de ahí se desprenden las regalías.

- **Normas de calidad y funcionamiento:** son normas pactadas por las partes que tienen por finalidad establecer pautas y límites precisos relacionados con el procedimiento operativo, el funcionamiento y las reglas obligatorias dispuestas por el franquiciante, indispensables para el desarrollo de la franquicia.

En esta sección del contrato debe quedar estipulada la uniformidad de toda la operación y de todos los productos.

- **Asistencia Operativa del Franquiciante al Franquiciado:** el franquiciante se obliga contractualmente a brindar asistencia operativa al franquiciado en cuanto al desarrollo de la franquicia, en todo lo relativo a métodos de operación y servicios que el franquiciado debe brindar, y a las especificaciones y reglas obligatorias para el franquiciado establecidas en el contrato.

En este capítulo del contrato se habla, usualmente de que el manual de operaciones es estrictamente confidencial, y que toda modificación deberá acatarse de inmediato. Además, se deja en claro que es de propiedad del franquiciante.

- **Obligaciones del franquiciado:** se consignan todas las obligaciones para el franquiciado relacionadas al desarrollo de la franquicia otorgada por el franquiciante durante la vigencia del contrato y bajo las modalidades establecidas.
- **Seguros:** el franquiciado se obliga a contratar todas las pólizas de seguro requeridas por el franquiciante, bajo las modalidades y con las características necesarias para desarrollar un sistema de franquicias.
- **Fianza:** el franquiciado garantizará el cumplimiento de las obligaciones a su cargo en el contrato de franquicia mediante una fianza a favor del franquiciante.
- **Derechos y deberes de las partes luego del vencimiento o extinción del contrato de franquicia:** se enumeran todos los derechos y deberes para el franquiciante y el franquiciado una vez vencido el plazo de vigencia de la franquicia o bien extinguido el contrato por alguna de las causas previstas, los que se relacionan con el cese de uso de marca y el desarrollo de sistema de franquicias por parte del franquiciado, los pagos de todas las sumas adeudadas por este al franquiciante, devolución de materiales del franquiciante etc.

- **Penalidades:** deben establecerse cláusulas penales que contemplen los casos de incumplimiento de ambas partes. La utilidad de esta estipulación es enorme y conviene emplearla siempre que se tenga la menor duda de que una de las partes incurrirá en el hecho ilícito de incumplir en las cláusulas de un contrato.²⁵
- **Notificación y domicilio:** las partes fijan domicilios especiales a todos los efectos del contrato y establecen la forma en que se expedirán todas las notificaciones previstas en el mismo.
- **Derecho aplicable:** las partes acuerdan las normas por las cuales resolverán sus discrepancias, es decir que queda libre la vía de la conciliación y el arbitraje como salida previa a la vía judicial.
- **Competencia y Jurisdicción:** las partes acuerdan la forma y el lugar en que se resolverán sus discrepancias, pactando generalmente el sometimiento de la controversia en los tribunales correspondientes o a un proceso arbitral en su caso.²⁶
- Para evitar malas interpretaciones es frecuente que los contratos contengan un capítulo de definiciones que establezcan con claridad el significado que tendrán, para los efectos del contrato, ciertos términos utilizados en él. Asimismo, por ningún motivo el contrato debe garantizar al franquiciado ni el éxito del negocio ni las utilidades que alcanzará en el mismo, debido a que si por alguna razón no funcionara la nueva franquicia, el franquiciante se vería en la necesidad de responder legalmente por daños y perjuicios.

²⁵ GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto, " Derecho de las obligaciones ": Ed. Porrúa, México 2002, pp.638.

²⁶ Ver <http://www.guiaburzaco.com.ar/Franchising.htm> Fecha de consulta 12 de febrero del 2011

5.7 IMPORTANCIA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En Bolivia, así como en otros países donde la legislación sobre este tema es nula, este contrato va cobrando importancia a pasos agigantados, pues día a día las relaciones comerciales buscan nuevas formas de contratación que brinden a ambas partes la seguridad necesaria para permitir la expansión de negocios nacionales, así como el ingreso de firmas comerciales internacionales, por ello el contrato de franquicia es considerado como la base legal para la relación existente en un sistema de franquicias y debe cubrir todos los aspectos del negocio, así como los derechos y obligaciones tanto del franquiciante como el franquiciado.

No se trata de un documento uniforme que recoge cláusulas tipo pues estos contratos pueden adoptar toda clase de modalidades dependiendo de su giro. Es más bien un documento estratégico que tiene forma jurídica y que constituye la garantía para las dos partes de que todo está perfectamente claro y definido.

Está demás establecer que su redacción requiere alta especialidad y experiencia, no sólo por el carácter técnico de las diversas áreas que abarca este contrato, sino por la inexistencia en el ordenamiento jurídico nacional de pautas o directrices que deben seguir los contratantes en la elaboración del mismo.

Este contrato adquiere una gran relevancia pues es el único documento que puede regular la relación entre las partes, por lo que resulta óptimo que el franquiciante recurra al auxilio de un asesor legal que lo oriente sobre lo que está a punto de firmar.

Por esta razón, muchas veces se dice que algunos contratos de franquicia son leoninos, por que son acuerdos en que todas las ventajas y beneficios son acaparados por una de las partes ya que carecen de la equidad necesaria que requiere cualquier contrato.

Ante lo expuesto, el franquiciado debe de adoptar una serie de precauciones antes de embarcarse a una aventura que, como ya se ha señalado, debe enfocar con visión a largo plazo y con criterio de seguridad y estabilidad. Es por ello que la negociación del contrato de franquicia es crucial para el franquiciado, pues lo que está en juego es su futuro personal y profesional.

5.8 PROPUESTA PARA LA INCORPORACIÓN DE UN NUEVO CAPÍTULO SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

PROPUESTA

Como propuesta del presente trabajo de investigación se ha elaborado el siguiente proyecto para incorporación de un nuevo capítulo en nuestro Código De Comercio.

5.8.1 Exposición de Motivos

Introducción.-El presente proyecto busca crear la seguridad jurídica necesaria para proteger tanto a franquiciantes como a franquiciados para que a la hora de realizar un contrato de esta naturaleza, tengan el marco legal necesario y la certeza de que la franquicia que se adquiere o transfiere, así como la identidad del franquiciado son lícitas y fiables.

Justificación.- En nuestro país día a día crecen las relaciones comerciales, más aun con el ingreso a nuestro mercado de firmas internacionales que operan bajo la modalidad de la franquicia, y que son fuentes de numerosos empleos así como grandes contribuyentes de impuestos.

El contrato de franquicia adquiere en estos casos una importancia aun mayor pues es el único que puede regular estas relaciones de una manera efectiva, ni existe tampoco un modelo de contrato al que pueda adaptarse estos grandes capitales extranjeros a sí como los nacionales para expandir mas rápidamente sus negocios generando así mayor cantidad de fuentes de

trabajo, movimiento económico en las regiones de nuestro país, generar ingresos para el Estado, etc.

Por ello es necesario fortalecer nuestro actual código de comercio agregando un capítulo específico que regule el contrato de franquicia, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

5.8.2 Capítulo VII Contrato de Franquicia

PROYECTO DE INCORPORACIÓN DE UN CAPITULO AL CÓDIGO DE COMERCIO.

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL

DECRETA

Declárese la necesidad de reformar el Código De Comercio incorporando el Capítulo VII dentro del Título VI del Libro Tercero, con siete artículos del artículo 1302 al artículo 1308 quedando el artículo actual 1302 que quedara como 1309, el artículo 1303 como artículo 1310, el artículo 1304 como artículo 1311, así sucesivamente con los demás artículos del mencionado cuerpo legal y en consecuencia por lo tanto quedará redactado de la siguiente manera:

CAPITULO VII.

CONTRATO DE FRANQUICIA

Artículo 1302.- (Concepto).- Existirá contrato franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir, vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

Artículo 1303.- (Información precontractual al potencial franquiciado.).

Con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa.

a) Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el Registro de Franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro de Comercio, cuando proceda.

b) Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengan obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto a su propio franquiciador.

c) Acreditación de tener concedido para Bolivia, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora; y de los eventuales recursos contra aquéllos, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia.

d) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél.

Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada.

e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del 'saber hacer' y de la asistencia comercial o

técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados.

f) Estructura y extensión de la red en Bolivia, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en Bolivia, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operan bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentran ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en Bolivia en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.

g) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia.

Artículo 1304.- (Deber de confidencialidad del franquiciado). El franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador.

Artículo 1305.- (Retribución Económica). El Franquiciador regulará la retribución económica que el franquiciado deberá pagar por los derechos cedidos por el contrato de franquicia.

Artículo 1306.- (Registro de Franquicias). Las franquicias serán registradas en Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI), mediante los procedimientos establecidos en este código.

Artículo 1307.- (Derechos Especiales del Franquiciador). El franquiciador conserva el derecho a introducir en la actividad franquiciada las modificaciones crea pertinentes en cuanto se refiere a los derechos cedidos con la franquicia.

Artículo 1308.- (prohibición de Franquiciar). Queda prohibido Franquiciar negocios que se encuentre en trámite de quiebra o liquidación.

CONCLUSIONES

La franquicia tal y como la conocemos hoy en día surgió en Estados Unidos a mediados del siglo XIX. Pero en realidad las franquicias no tuvieron el apoyo y el reconocimiento público hasta un siglo después cuando varios negocios dedicados a diferentes giros comenzaron a utilizarlas con gran éxito

La expansión que se ha experimentado en el terreno de las franquicias en otros países no ha sido menos impresionante que en Estados Unidos. La internacionalización de la franquicia se ha facilitado principalmente por la globalización de los mercados, la interrelación de los países y la creación de zonas de libre comercio. De esta forma las marcas, los conceptos y las grandes ideas han llegado a los demás países con mucha mayor velocidad, agilizando el aterrizaje y la promoción a nivel mundial de una franquicia extranjera.

A falta de una regulación legal específica, la relación entre el franquiciante y el franquiciado se plasma en un contrato de franquicia. Este instrumento debe ser sumamente minucioso y cubrir todos los aspectos referentes al negocio franquiciado, y principalmente definir los derechos y obligaciones de las partes. Ahora bien, dada su naturaleza, este contrato es sumamente complejo y dado su particular dinamismo se encuentra sujeto a una basta normativa legal, prevaleciendo sobre todo la voluntad de las partes y los términos que estos quieran obligarse.

Los elementos de existencia y validez de un contrato de franquicia son los mismos de cualquier contrato. Su clasificación según sus características es la siguiente: mercantil, principal, bilateral, oneroso, conmutativo, intuitu personae, formal, de tracto sucesivo, innominado, generalmente de adhesión y atípico.

Es indudable que la falta de asesoría jurídica, generalmente por parte del franquiciado es una de las principales causas de que en el contrato de franquicia se cometan una serie de abusos y arbitrariedades por parte del

franquiciante, pero también se debe de reconocer que la carencia de una legislación adecuada impide que las partes involucradas en dicho contrato, conozcan de antemano los lineamientos que permitan una relación equitativa entre el franquiciante y el franquiciado.

RECOMENDACIONES

Es necesario e importante que el tema de la necesidad de incorporación del contrato de franquicia en el Código de Comercio, sea considerado de vital importancia y de manera oportuna por los Asambleístas de nuestro país, lo cual pueda permitir posteriormente la promulgación de una normativa precisa, que contemple la posibilidad de enmarcar dentro de la misma a las diferentes empresas productivas o prestación de servicios, en beneficio del dinamismo comercial con seguridad jurídica.

Por lo expuesto, se establece que la incorporación del Contrato de Franquicia al Código de Comercio sería de gran relevancia para las partes. Hasta ahora este negocio ha funcionado de una forma atípica. Por un lado, el franquiciante lleva las mayores ventajas de la negociación, puesto que el franquiciado se suscribe sumisamente a un contrato de adhesión mediante el cual acepta todos los términos y condiciones establecidos por el franquiciante, vulnerando inclusive en algunos casos a la normativa vigente. Por otro lado, el franquiciado se ve atraído por la garantía de " éxito rápido y seguro "y por la fuerte ilusión de hacer realidad el sueño de manejar un negocio propio, sin saber que realmente podría ser defraudado.

El hecho de que exista una normatividad brinda una mayor seguridad a las partes al saber el sentido de la legalidad o ilegalidad del esquema, y obviamente el hecho de que exista la ley permitirá conocer la directriz para operar de una manera mas segura que permita a cada parte hacer negocios seguros y que proteja contra posibles fraudes.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE GARGOLLO, Javier, "**El Contrato de Franquicia**": Ed. Themis, México 1994.

DI COSTANZO, Juan, "**Desarrollo de Sistema de Franquicias**": Ed. Mac Graw Hill, México 1997

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, "**Derecho de las obligaciones**": Ed. Porrúa, México 2002

HERNÁNDEZ, Sampieri Roberto; *Metodología de la Investigación*; McGRAW-HILL; Colombia, 1996.

MARTORELL, Ernesto Eduardo, "**Los Contratos de Dominación Empresarial y la Solidaridad laboral**": Ed. Depalma, Buenos Aires 1996.

MESSINEO, Francesesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial Tomo IV*, Italia, 1979.

MORALES, Guillen Carlos; *Código Civil Concordado y Anotado* , Ed. Heliasta, Bolivia, 2004.

MORALES, Guillen Carlos; *Código De Comercio Concordado y Anotado*, Ed. Gisbert y Cía. S.A., Bolivia, 1999.

PÉREZ, Fernández Del Castillo, Bernardo, "**Contratos Civiles**": Ed. Porrúa, México 2000.

PARELLADA, Carlos, "**Contratos Atípicos**": Ed. Picasso, Buenos Aires 2001.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón: "**De los Contratos Civiles**": Ed. Porrúa, México 1994.

TORRES DE LA ROSA, Alejandra, "**El Contrato de Franquicia en el derecho Mexicano**": Ed. Porrúa, México 2000.

LEGISLACIÓN.

CÓDIGO CIVIL; Ed. Serrano, Cochabamba, 1995.

CÓDIGO DE COMERCIO; Ed. Serrano, Cochabamba, 1995.

MÉXICO, ley de propiedad industrial reformada 2006.

RECURSOS DE INTERNET.

<http://noticias.jurídicas.com>

<http://www.congreso.gov.bo>

<http://www.google.com.bo>

<http://www.monografias.com>

ANEXOS

RESULTADO DE LA ENCUESTA A COMERCIANTES PARTICULARES INTERESADOS EN OBTENER UNA FRANQUICIA.

Para la presente investigación se ha tomado como muestra a diez comerciantes privados con sede en la ciudad de La Paz, que tengan interés en adquirir una franquicia y los resultados a la entrevista pregunta por pregunta se muestra a continuación:

A la pregunta - ¿Tiene usted interés en comprar una franquicia? La respuesta fue:

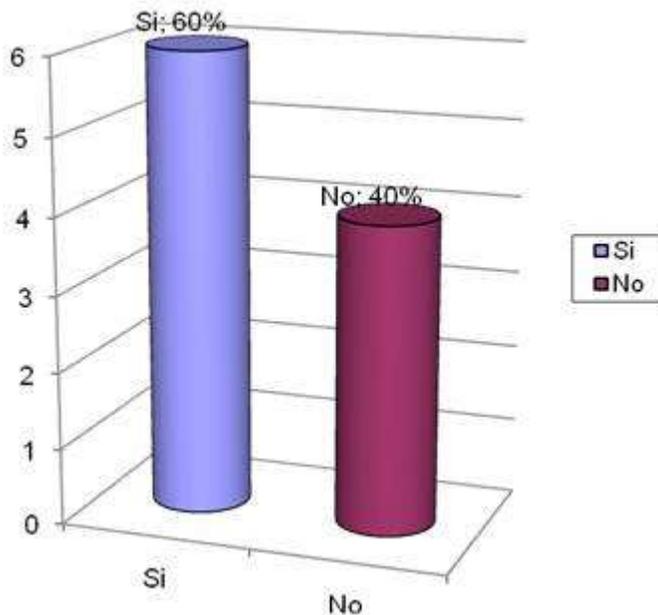
Tabla N° 1.

Cuestionario a Comerciantes Particulares

CRITERIOS	Nº	%
SI	6	60%
NO	4	40%

Gráfico N° 1

Cuestionario a Comerciantes Particulares

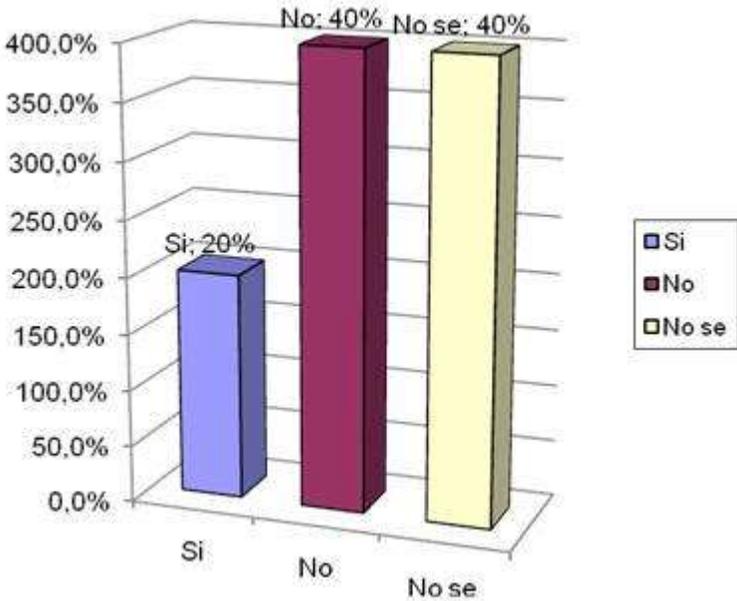


A la pregunta ¿Entiende cual es el riesgo que se corre al no conocer bien a la empresa franquiciante? La respuesta fue la que se muestra en la tabla y gráfico siguientes:

Tabla N° 2
Cuestionario a Comerciantes Particulares

CRITERIOS	Nº	%
SI	2	20%
NO	4	40%
NO SE	4	40%

Gráfico N° 2
Cuestionario a Comerciantes Particulares



A la pregunta - ¿Cree usted necesario incorporar el contrato de Franquicia en nuestra legislación? La respuesta fue afirmativa como se ve a continuación:

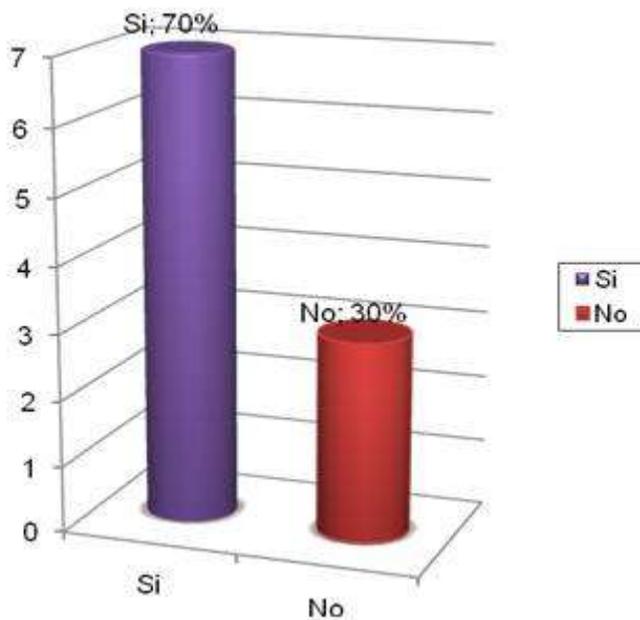
Tabla N° 3

Cuestionario a Comerciantes Particulares

CRITERIOS	Nº	%
SI	7	70%
NO	3	30%

Grafico N° 3

Cuestionario a Comerciantes Particulares



De los datos se obtiene que existe en nuestro medio una imperiosa necesidad de modificar nuestro Código de Comercio, incluyendo el contrato de franquicia, ya que es una de las más nuevas formas de comercio.