

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



TESIS DE GRADO

**“ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA
LEGISLACIÓN BOLIVIANA”**

(TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO)

POSTULANTE : Lorena Carla Vera Montaña.
TUTOR : Dr. Asdrual Martín Columba Jofré.

LA PAZ – BOLIVIA
2014

DEDICATORIA:

La presente Tesis está dedicada a todas aquellas personas que confiaron en mí y que con su apoyo incondicional fueron parte activa para la consecución de un sueño.

AGRADECIMIENTOS:

A todas las personas que contribuyeron en la realización del presente trabajo de investigación.

A mi familia, a mi pareja, y a los doctores Benjamín Valdez y Gaby Rejas por la paciencia y el apoyo incondicional.

Este trabajo tiene por objeto, demostrar los beneficios y ventajas emergentes de la posible incorporación del contrato de franquicia, tratando de demostrar los lineamientos básicos que se deberían regular para poder incorporar un capítulo específico en el Código de Comercio de nuestro país.

Este trabajo contiene la evolución histórica de la franquicia en el mundo y en Bolivia. La conocemos actualmente gracias a lo sucedido en 1850, con la empresa Singer Sewing Machine Company quien decidió otorgar franquicias a empresarios independientes interesados en comercializar sus máquinas de coser. Sumándose a ésta tenemos a General Motors en 1898 que adoptó el mismo sistema. Así mismo Coca-Cola en 1899 otorgo varias franquicias para el embotellamiento de su producto, sembrando así las bases del actual sistema de franquicias.

A lo largo de este trabajo, se intentara dilucidar el concepto de franquicia y sus características, tratando de comprender porque se ha convertido en un sistema de negocios tan importante y conveniente para la economía a nivel mundial.

Dentro del análisis del contrato de franquicia se pretende encontrar los principales lineamientos que permitan una futura incorporación de este tipo de contrato a la legislación boliviana. Entre estos elementos importantes se ha considerado en el análisis la información previa de la franquicia, el idioma del contrato, la cláusula de no competencia, las cláusulas abusivas, la ley y foro aplicable al contrato, y por último, las formas alternativas de resolución de conflictos, como son la mediación y el arbitraje.

**“ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA
LEGISLACIÓN BOLIVIANA”**

ÍNDICE

<u>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN</u>	1
1. Enunciación del tema.	1
2. Planteamiento del problema.	1
3. Problematización.	2
4. Delimitación del tema de tesis.	2
4.1. Delimitación Temática.	3
4.2. Delimitación Temporal.	3
4.3. Delimitación Espacial.	3
5. Fundamentación e importancia del tema de tesis.	3
6. Objetivos del tema de tesis.	3
6.1. Objetivo General.	3
6.2. Objetivos Específicos.	3
7. Hipótesis.	3
7.1. Variables.	4
7.1.1. Variable Independiente.	4
7.1.2. Variable Dependiente.	4
7.2. Unidades de Análisis.	4
7.3. Nexos Lógicos.	4
8. Método a utilizarse en la elaboración de la tesis.	4
8.1. Método General.	4
8.2. Método Especial.	4
9. Técnica a utilizarse en la elaboración de la tesis.	4

DESARROLLO DE TESIS

INTRODUCCIÓN.	5
CAPÍTULO I	
<u>LA FRANQUICIA</u>	8
1.1. Antecedentes.	8
1.1.1. Origen y evolución histórica de la Franquicia.	8
1.1.1.1. La Franquicia en el mundo.	8
1.1.1.2. La Franquicia en Bolivia.	9
1.2. Conceptos y definiciones de Franquicia.	13
1.2.1. Conceptos.	13
1.2.2. Definiciones de Franquicia	14
1.3. Elementos de la Franquicia.	15
1.4. Tipos de Franquicia.	24
CAPÍTULO II	
<u>NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA</u>	26
2.1. El Contrato de Franquicia.	26
2.2. Características jurídicas del Contrato de Franquicia.	27
2.2.1. Contratos Auxiliares al Contrato de Franquicia.	30
2.3. Diferencias con otras figuras.	32
2.4. Terminación y causas de rescisión del Contrato de Franquicia.	35
2.4.1. Causales de terminación en general.	35
2.4.1.1. Fallecimiento del Franquiciado.	39
2.4.1.2. Quiebra o Concurso.	40
2.4.1.3. Causas de rescisión del contrato.	41
2.5. Cláusulas que contiene el Contrato De Franquicia.	43
2.6. Negociación de Contratos Internacionales.	48
2.6.1. Redacción de Contratos de Franquicia Internacional.	49
2.6.2. Mediación y Arbitraje.	50

2.6.2.1. Mediación.	51
2.6.2.2. Arbitraje.	52
2.6.3. El Contrato de Franquicia Nacional.	57
CAPÍTULO III	
<u>ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA A REGULAR</u>	61
3.1. Elementos que conviene regular sobre el Contrato de Franquicia.	61
3.1.1. Elementos de forma.	61
3.1.2. Elementos de fondo.	69
3.1.2.1. Concepto de Franquicia.	69
3.1.2.2. Derecho a la información previa.	70
3.1.2.3. Cláusula de no competencia.	73
3.1.2.4. Idioma.	75
3.1.2.5. Obligación de compra exclusiva.	77
3.1.2.6. Cláusulas abusivas.	79
3.1.2.6.1. Abiertas o Generales.	81
3.1.2.6.2. Cláusulas Abusivas en Particular.	82
3.1.2.7. Renovación de la franquicia.	84
3.1.2.8. La Ley y foro aplicable en Contratos de Franquicia.	87
3.1.2.8.1. Foro Aplicable.	89
CAPÍTULO IV	
<u>LA SEGURIDAD JURÍDICA</u>	93
4.1. Concepto.	93
4.2. La seguridad jurídica en los contratos.	94
4.2.1. Contratos públicos y Contratos privados .	94
4.3. El contrato de franquicia y la seguridad jurídica.	95
4.4. La seguridad jurídica en Bolivia.	95

CAPÍTULO V

<u>PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DE FRANQUICIA EN BOLIVIA</u>	97
5.1. Importancia de la Franquicia en Bolivia.	97
5.2. Solución de controversias.	99
CAPÍTULO VI	
<u>LA FRANQUICIA A NIVEL INTERNACIONAL</u>	103
6.1. Legislación Comparada.	103
6.1.1. Argentina.	103
6.1.1.2. La Asociación Argentina de Franquicias y su Código De Ética.	103
6.1.2. Brasil.	104
6.1.2.1. Legislación.	105
6.2. Organismo Internacionales relacionados con la Franquicia.	107
6.2.1. Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).	107
6.2.2. Organización mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).	108
CAPÍTULO VII	
<u>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u>	110
7.1. Conclusiones.	110
7.1.1 Objetivo General	110
7.1.2. Objetivos Específicos	110
7.2. Recomendaciones.	113
BIBLIOGRAFÍA.	118
ANEXOS	

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. ENUNCIACIÓN DEL TEMA.

“ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA”

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La legislación Boliviana no contempla dentro de su ordenamiento jurídico vigente, norma alguna que regule la modalidad contractual de la Franquicia, esto se debe a que en el pasado, no se consideró importante este modelo contractual, no obstante la gran importancia que ha adquirido en los últimos años esta actividad comercial.

Es lógico que por tratarse de una figura relativamente moderna, no haya sido incluida en nuestra legislación, por no existir la necesidad de incorporarla en nuestro ordenamiento jurídico, al ser una figura comercial que no tenía relevancia en nuestra economía. No obstante, al presente, el contrato de franquicia, es una de las operaciones mercantiles con mayor auge a nivel internacional. En ese entendido, no es factible que se rija solamente por el principio de libertad contractual, o por otra disposición perteneciente a la doctrina internacional, sino que se debe emplear una norma apropiada para regularla en todos sus ámbitos, otorgando seguridad a las partes que deseen hacer uso de este mecanismo contractual, especialmente si 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 lo mencionado se desprende el siguiente problema:

“LA FALTA DE LEGISLACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO BOLIVIANO”

3. PROBLEMATIZACIÓN.

- ¿Por qué es necesaria la regulación del contrato de franquicia en nuestra legislación?
- ¿Cómo beneficiaría la incorporación del contrato de franquicia a nuestra economía?
- ¿Cuál es la importancia de la franquicia como método contractual según la realidad económico-comercial de nuestro país?
- ¿De qué manera afecta a la relación contractual, la falta de un ordenamiento jurídico específico sobre la franquicia?
- ¿Cuáles son las ventajas comerciales que ofrece el contrato de franquicia a diferencia de otras modalidades contractuales?

4. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE TESIS.

4.1. Delimitación Temática.

La presente investigación se centrará en analizar desde el punto de vista jurídico-comercial, la importancia de una posible incorporación del contrato de franquicia en nuestra legislación.

4.2. Delimitación Temporal.

Debido a la importancia que adquirió en nuestro país en los últimos años la figura contractual de la franquicia, la presente investigación analizará un periodo actual.

4.3. Delimitación Espacial.

La investigación se desarrollará en la ciudad de La Paz, debido a la existencia de establecimientos dedicados a esta actividad comercial, no obstante, se prevé analizar aspectos comerciales a nivel nacional e internacional.

5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia de la presente investigación, es indagar acerca de las ventajas y desventajas que implicaría el incorporar en nuestro ordenamiento jurídico la figura contractual de la franquicia, debido a la relevancia que ha adquirido a nivel comercial en los últimos años no solo en nuestro país, sino a nivel internacional.

6. OBJETIVOS DEL TEMA DE TESIS.

6.1. Objetivo General.

Demostrar la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico comercial boliviano, a través de la investigación de la importancia que representa la anexión del contrato de franquicia en nuestra legislación.

6.2. Objetivos Específicos.

- ◊ Explicar las ventajas económicas que derivarían de la incorporación del contrato de Franquicia en la legislación nacional.
- ◊ Determinar los beneficios para las partes franquiciantes en una relación contractual regulada.
- ◊ Demostrar las ventajas de la franquicia como método contractual a nivel internacional.
- ◊ Explicar las cualidades derivadas de la regulación normativa del contrato de franquicia, según la legislación comparada.

7. HIPÓTESIS.

“La incorporación del contrato de Franquicia en la Legislación Boliviana, otorgará seguridad jurídica a las futuras relaciones contractuales entre franquiciante y franquiciado”

7.1. Variables.

7.1.1. Variable Independiente.

“La incorporación del contrato de Franquicia en la legislación boliviana...”

7.1.2. Variable Dependiente.

“...otorgará seguridad jurídica a las futuras relaciones contractuales entre franquiciante y franquiciatario”

7.2. Unidades de Análisis.

- ◊ Contrato de Franquicia
- ◊ Seguridad Jurídica
- ◊ Relación contractual

7.3. Nexo Lógico.

“La incorporación” y “permitirá”

8. MÉTODO A UTILIZARSE EN LA ELABORACIÓN DE LA TESIS.

8.1. Método General.

- Método Dogmático Jurídico

8.2. Método Especial.

- Método dialéctico

9. TÉCNICA A UTILIZARSE EN LA ELABORACIÓN DE LA TESIS.

Investigación y recopilación documental.

“ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA”

INTRODUCCIÓN.

El continuo crecimiento de la tecnología, el fenómeno mundial de la globalización y el comercio exterior, la creatividad de las personas en asuntos de negocios y el desarrollo de nuevos comportamientos sociales, son los factores que permiten la constante y permanente evolución de nuestro entorno. En ese marco, en los últimos años y debido al crecimiento económico y la estabilidad monetaria, se ha fortalecido la dinámica empresarial con otros países, operando relaciones contractuales con empresas internacionales, una de ellas es la modalidad de la “franquicia”. Esta forma contractual ha adquirido una significativa relevancia a nivel mundial debido a que ha demostrado ser una manera confiable para obtener grandes beneficios económicos, asegurando calidad y confianza.

No obstante, uno de los principales problemas en el contrato de franquicia radica en que las condiciones contractuales son impuestas por los empresarios extranjeros, quienes tratando de proteger su sistema de operación y las condiciones de su negocio, imponen su criterio, en ese entendido y debido a la falta de seguridad jurídica que puede apreciarse, los contratos de esta naturaleza se realizan bajo el principio de la autonomía de la voluntad. Asimismo, la inexistencia de una normativa jurídica, imposibilita a los empresarios nacionales, a tener una opción normativa que permita equilibrar y/o flexibilizar en la medida de lo posible esta relación contractual.

Bolivia es un país con grandes posibilidades para el desarrollo de franquicias, debido al potencial de crecimiento y desarrollo en general. La existencia de sectores económicos con grandes oportunidades comerciales permite hablar de una ventana de oportunidad de mercado que promete rentabilidad. Todo

este proceso se ve alentado por el proceso de cambio cultural y de mentalidad, por el crecimiento del turismo con una cantidad numerosa de visitantes extranjeros, lo que contribuye a un aumento del poder adquisitivo de la población.

En las formas modernas de comercialización, el contrato de franquicia ha adquirido vigencia plena, lo que genera obligatoriamente una reformulación en el aspecto jurídico en muchos de los países del mundo. En este orden, no existiendo en nuestro país una normativa que responda a los principios de soberanía y que resguarde los intereses nacionales en el marco de la economía plural, se produjo la celebración de contratos en condiciones muy desiguales.

El rasgo característico de los contratos de franquicia, es el de cumplir con la función de integración económica de las empresas, dentro de las formas de comercialización en un mundo globalizado que se guía muchas veces por la apariencia y el efecto imitación, permitiendo el crecimiento económico de los franquiciados por medio de un modelo de negocios exitoso.

El empresario boliviano como rasgo propio de su esencia cultural, suele ser tímido a la hora de crear relaciones contractuales, especialmente con empresarios extranjeros, sobre todo debido a que deben sujetarse a condiciones impuestas desde el exterior por no existir en Bolivia normas y procedimientos específicos, limitando el aprovechamiento de las oportunidades que ofrece actualmente el mercado global.

Bolivia es considerada como una ventaja para los empresarios en situación de franquiciante, debido a que les permite acceder a un contrato muy favorable y hasta en ciertos casos abusivo, dejando al franquiciado sin oportunidades de negociación, convirtiendo al contrato de franquicia en un contrato de adhesión. Por este motivo, se sugiere la incorporación de una norma que regule el contrato de franquicia en la legislación boliviana, permitiendo restablecer el equilibrio contractual y brindar la seguridad jurídica necesaria

para ambas partes, a fin de que los empresarios bolivianos, al momento de celebrar contratos de franquicia, no se coloquen en una situación de desventaja, teniendo opciones jurídicas que les permitan negociar de mejor manera las condiciones del contrato.

CAPÍTULO I
LA FRANQUICIA

1.1 ANTECEDENTES.

Una forma rudimentaria de franquicia surgió en 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. Asimismo 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.

El primer significado comercial de franquicia se refiere a la liberación de impuestos en la organización de ferias o mercados medievales en las que intervenían los comerciantes, este significado llegó hasta la época absolutista.

Al final de la Edad Media, la palabra franquicia y su práctica desaparecieron en Francia. La primera generación de franquicias comerciales, conocida como sistema de punto de ventas cautivos, surgió en el siglo XVIII entre los cerveceros alemanes que contrataban con las tabernas de venta de cerveza de su marca exclusivamente.

1.1.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FRANQUICIA.

1.1.1.1. La Franquicia en el mundo.

La franquicia, tal y como la conocemos en nuestros días, tuvo sus inicios en el siglo XIX en Estados Unidos, en 1850, cuando la compañía Singer Sewing Machine Company radicada en Stamford, Connecticut, decidió otorgar una serie de franquicias a empresarios independientes interesados en comercializar sus máquinas de coser. A estos empresarios se les autorizó vender los productos Singer y usar la marca, en conexión con aquella actividad de comercialización. A su vez en 1898, General Motors también adoptó el sistema

de franquicias como estrategia para expandir su red de distribuidores, tratando de expandir las ventas de los vehículos de su fabricación. Así mismo en 1899, Coca-Cola empezó a otorgar franquicias para el embotellamiento de su producto, sembrando así las bases del actual sistema de franquicias.

Sin embargo el verdadero desarrollo de la franquicia comercial como método de expansión de los negocios comenzó a principios del siglo XX, cuando otros fabricantes norteamericanos de automóviles tratando de copiar a la pionera General Motors, establecieron o ampliaron sus redes de distribución a través de franquicias otorgadas a comerciantes esparcidos por todo el país. Sucesivamente se incorporaron al sistema empresas de todo tipo como los supermercados Piggly Wiggly, Hertz Rent-a-Car, A & W Root Beer, entre otros.¹ En la década de los treinta, las compañías petroleras comenzaron a adoptar el sistema mediante la conversión de los puestos de gasolina que dependían en forma directa del productor, en franquicias otorgadas a operadores locales. En 1950 y 1960 aparecieron los gigantes como Holiday Inn, McDonald's, Burger King, Sheraton, y la red multinacional de Coca-Cola la que con su éxito creciente se expandió por diferentes países. Gran número de actividades distintas se sumaron luego de este periodo de expansión de negocios, difundiéndose todo tipo de venta directa al público e incluso en el sector de los servicios, hasta alcanzar en 1988 el medio millón de establecimientos, dando alrededor de siete millones de empleos.

1.1.1.2. La 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. La actividad franquiciante de una de las empresas más importantes 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

¹ MARZORATI, Osvaldo J. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 45.

Incorporated. NY, para la fabricación de los productos de levadura de panificación fresca y seca de la marca Fleischmann, polvos de hornear Fleischmann y Royal, postres (pudines y gelatinas), jarabe de malta "Fleischmann Diamalt", acondicionador de masa "Arcady".

En 1969, Industrias Venado S.A., suscribió un contrato de comercialización y fabricación con la empresa multinacional de productos alimenticios "Nestlé S.A Suiza". En virtud de dicho contrato, Industrias Venado S.A. fabricó y comercializó productos como sopas y cremas Maggi, Nescao (bebida chocolatada en polvo). Pero la terminación del contrato de 10 años, y en vista que la firma Nestlé S.A., fundó su propio distribuidor en Bolivia, ocasiono que en 1989 finalizara el contrato con Nestlé S.A.

En 1981, la empresa referida suscribió un contrato de licencia de marca, asistencia técnica y know how, con CPC internacional (de propiedad de Knorr Nahrungsmittel A.G.), para la fabricación y comercialización de productos como sopas y cremas en sobres, caldos en cubitos ambos de marca "Knorr". En 1982, se produjo en EE.UU. la venta de Stándar Brands Incorporated a la firma Nabisco Inc., quedando Industrias Venado S.A. como licenciataria de marca para la fabricación de los productos ya mencionados, sin ningún cambio.

En 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 marca Milex, contrato que concluyó durante el año 2000, por acuerdo de ambas partes.

Durante el año 2000, la empresa Nabisco Inc., fue vendida a la firma Kraft Foods Int., y Venado mantuvo 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 octubre de 2004 se finalizó la relación con KRAFT S.A.

Se entiende que "Industrias Venado" tuvo muchos rompimientos de contrato debido a que no pudo renovar o prorrogar la relación contractual con las diferentes empresas mencionadas siendo los motivos recurrentes que las diferentes empresa con las que mantenía una relación contractual tenían intereses de comercializar directamente en el país, se cree que si hubiera existido un norma que proteja a "Industrias Venado" en el sentido que se debe renovar por lo menos un cierto tiempo o el rompimiento de la relación contractual se debe a motivos de incumplimiento, estos contratos tendrían todavía vigencia proporcionando los beneficios que antes percibía "Industrias Venado" como empresa que introdujo al mercado boliviano los productos franquiciados.²

Posteriormente con los productos posicionados en el mercado se siguieron comercializando pero con los beneficios dirigidos al franquiciante, siendo una situación injusta.

Una de las franquicias más importantes del país es Coca-Cola, que ingreso en 1946 a Bolivia. Para la época, muy pocas personas conocían de su existencia, sin embargo ahora más de 65 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 2007, cerca de 10 millones de dólares en sus diferentes plantas para mejorar la producción adquiriendo equipos de última tecnología, siendo la inversión en Santa Cruz, una de las más importantes ya que gran parte de lo invertido se usó en la adquisición de un terreno donde se trasladaría toda la producción.

El movimiento económico de EMBOL es muy importante, debido a que genera más de 1.200 empleos en el país. Esta empresa a nivel nacional, para el año 2012, cerro con una dotación de 2.300 personas y para el 2013 se tiene proyectado llegar a 2.400 personas. Esto representa una gran cantidad de empleos directos. Además, las empresas azucareras consideran a EMBOL uno

² <http://www.grupovenado.com> fecha de consulta 10 de agosto de 2012.

de sus clientes más importantes, pues consumen cerca del 20% de la producción, lo que se traduce en cerca de seis millones de dólares para los ingenios azucareros. Además, los clientes de esta empresa ascienden a 70.000, considerando que sólo en la ciudad de Santa Cruz son cerca de 15.000.

EMBOL Embotelladoras Bolivianas Unidas S.A., administra un portafolio de 15 marcas, que incluye bebidas carbonatadas, aguas y bebidas energizantes. Entre ellas la marca COCA-COLA.

En el área impositiva, en el 2007 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.³

Un caso que no puede quedar sin referencia es el caso McDonald's que en 2002 y después de cinco años en el país, decidió cerrar sus sucursales en las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. El motivo fue la falta de rentabilidad. Para Fernando Martínez en una entrevista para diario británico BBC Mundo, una de las claves de ese fracaso fue el precio, ya que, según explica, el menú más barato costaba entonces 25 pesos bolivianos (algo más de 3 dólares), mientras que, por ejemplo, en la ciudad de La Paz, en el mismo periodo se podía conseguir un almuerzo completo en un mercado popular por 7 bolivianos (menos de un dólar). *"Es fácil atribuirlo a la economía, pero detrás de ella están las personas, la sociología y los aspectos culturales"*. Desde esta perspectiva, se coincide con el director del documental, porque además del precio, que no se adaptó al mercado boliviano, otro problema identificado fue la inflexibilidad que tuvo la franquicia hacia la cultura boliviana, realizando esfuerzos muy superficiales y cambios pretendidos fueron tardíos por lo que no se pudo evitar la inminente quiebra. Evidentemente, si se hubiese negociado inteligentemente el contrato de franquicia principal para todo el territorio nacional, con ciertos parámetros de calidad, pero con flexibilidad en ciertas

³ <http://www.embonor.cl>, Operación Bolivia. Fecha de consulta 24 de agosto de 2012.

áreas estratégicas el destino de esta franquicia en Bolivia podría haber sido diferente.

Este breve repaso de la evolución histórica de la franquicia en general y lo sucedido en el caso boliviano, es relevante para este estudio porque permite observar que las empresas franquiciadas que operan en Bolivia desde hace bastante tiempo y hasta la fecha no cuentan con una legislación que precautele sus intereses. Asimismo, resulta de gran importancia destacar los aportes económicos que representa para la sociedad boliviana a lo largo de los años.

1.2. CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE FRANQUICIA.

1.2.1. Conceptos.

La Franquicia es un sistema comercial que permite explotar una marca, servicio o producto con una imagen ya asentada, dentro de una red local, nacional o internacional. Se trata de una forma de cooperación empresarial de funcionamiento complejo, por lo que no basta contar con la financiación adecuada para abrir una franquicia, además habrá que tener en cuenta muchos conceptos, ya que un error puede significar el éxito o el fracaso de la iniciativa.

Desde su aspecto de colaboración, la Franquicia adquiere una dimensión filosófica que humaniza las relaciones entre los distintos agentes del canal de distribución.

Son muchas las definiciones que se puede encontrar sobre Franquicia, según los diferentes autores en materia de Marketing y Distribución Comercial, así como las ofrecidas por los distintos organismos e instituciones, tales como la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Británica de Franquicia, etc. A su vez, los tribunales han ido referenciando las características y elementos básicos de este sistema de distribución, a través de sentencias como la del

Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea del 28 de enero de 1986.

1.2.2. Definiciones de Franquicia.

Federación Europea: "Se trata de un sistema de colaboración entre dos empresas distintas y jurídicamente independientes, ligadas por un contrato a través del cual una de ellas, el franquiciador, concede a otra, el franquiciado, el derecho de explotar en unas condiciones preestablecidas y bien determinadas, un negocio concreto (marca, fórmula comercial, producción) materializado con un emblema específico, con carácter exclusivo dentro de un determinado ámbito geográfico y asegurando la prestación de una ayuda y unos servicios regulares, necesarios para llevar a cabo la explotación".

Esta definición, que presenta los principales puntos que dan forma a este sistema, coincide con la establecida por la Cámara de Comercio Internacional y adoptada por el Consejo de Europa, aunque en esta última sí se menciona el pago del canon que el franquiciado debe hacer por el derecho que le es concedido a usar la marca o fórmula comercial del franquiciador. Por su parte, el Comité belga de la distribución ofrece la misma definición que la Federación Europea de Franchising.

Centro de Estudios de Cooperación al Desarrollo: "Es un sistema de distribución según el cual una empresa, cuyo titular sea una persona jurídica o física, se dirige como si formara parte de una vasta organización con una marca nacional, un emblema, unos equipamientos, unos productos y unos servicios estándares".

Comisión Económica Europea: "Por franquicia se entenderá un conjunto de derechos de propiedad intangible relativos a marca, denominaciones comerciales, rótulos, modelos, diseños, derechos de autor, "Know-How" o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, y que incluye, por lo menos: el

empleo de una denominación o rótulo comercial y una presentación uniforme de las instalaciones contractuales, la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un Know-how sustancial, que pueda conferir a este una ventaja comparativa, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo".⁴

El Tribunal de Primera Instancia de París: Por Decreto del 28 de abril de 1978, establece que "La franquicia es un método de colaboración entre una empresa franquiciadora, de una parte, y una empresa franquiciada de otra, cuyo objetivo es contribuir al desarrollo acelerado de las empresas contratantes, por medio de la acción común resultante de la conjunción de los recursos humanos y económicos, manteniéndose al mismo tiempo la independencia respectiva, en el marco de acuerdos de exclusividad recíproca".

Federación Francesa de la Franquicia: "Es el sistema dedicado a que los productos de venta y/o servicios de la empresa franquiciadora se deben ofrecer de forma original y específica, y explotados obligatoria y totalmente según técnicas comerciales previamente experimentadas y constantemente puestos al día y controlados"

1.3. ELEMENTOS DE LA FRANQUICIA.

Otros aspectos que son típicos del contrato de franquicia aparecen tanto en los contratos locales, como en los internacionales, puesto que la esencia de la relación, no cambia. Las diferencias que pueden apreciarse entre uno y otro tipo de contrato, son generalmente de terminología, y obviamente de condiciones de operación.

Se destacan:

⁴ DIEZ DE CASTRO, Enrique Carlos, NAVARRO, García Antonio, RONDAN, Cataluña Francisco Javier "El Sistema de franquicias, fundamentos teóricos y prácticos", Madrid, Editorial "Pirámide" 2005, pag. 335.

a) Licencia de marca y patente.

Marcas: Generalmente las patentes y marcas constituyen un activo importante para sus titulares, especialmente en el contrato de franquicia. El franquiciado no solo debe usar siempre la marca del franquiciante, sino también sus signos distintivos y seguir las órdenes de éste al respecto, puesto que la licencia está acompañada de una serie de normas con relación al modo en que debe actuar el franquiciado en el desempeño de sus actividades y en la administración de los productos de la marca⁵.

En Bolivia, la Ley de Marcas de 15 de enero de 1918 en su art. 1 señala que *“Se entiende por marca, 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 agrícola, forestal, ganadera y extractivas. Pueden usarse como marcas: los nombres y denominaciones bajo una forma distintiva, las palabras o títulos de fantasía, números y letras en dibujo especial o formando combinaciones, los marbetes, rótulos, emblemas, monogramas, cubiertas, franjas, timbres, sellos, grabados, escudos, cifras, divisas, estampados y relieves, filigranas, viñetas, envases, recipientes, o cualquier otro signo típico análogo”*.⁶

La marca es uno de los aspectos más valiosos de la franquicia, sobre todo cuando se compete en el mercado de productos y servicios donde se encuentran productos de distintos fabricantes o servicios prestados por distintas empresas. 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 incluso el país donde se originó el producto.

Las marcas deben ser registradas debidamente ante el órgano gubernamental competente, para gozar de la protección dentro de determinado territorio. A

⁵ MARZORATI, Osvaldo J. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, pag. 35.

⁶ REPÚBLICA DE BOLIVIA, Ley Reglamentaria de Marcas, 15 de enero de 1918.

nivel regional andino tenemos la decisión 486 de la Comunidad Andina donde consta un amplio marco jurídico sobre este tema. Esta norma, en su TÍTULO VI (de las marcas), trata desde los requisitos para el registro de marcas, el procedimiento del registro, los derechos y limitaciones conferidos por la marca, las licencias y transferencias de las marcas, hasta lo relativo a cancelaciones y nulidades de las mismas. Hay que mencionar que Bolivia al ser parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) también sigue los lineamientos de este órgano supranacional y su decisión antes mencionada. Por último, también funciona el registro internacional de la marca, dentro del sistema del AMMI (Arreglo de Madrid de 14 de abril de 1891 relativo al registro internacional de marcas). En este instrumento jurídico se contempla y regula, como alternativa a los procedimientos internos de los países contratantes, un único y solo procedimiento para obtener la protección de la marca en todos o en algunos de estos países; procedimiento que tiene como pieza medular la inscripción de la marca en el registro internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

La marca es susceptible de ser vendida y transferida como un derecho de uso a otros individuos.

Patentes: Una patente es un conjunto de derechos exclusivos garantizados por un gobierno o autoridad, al inventor de un nuevo producto (invento) o procedimiento (material o inmaterial) susceptible de ser explotado industrialmente vienen beneficio del solicitante de dicha invención. El Código de Comercio de Bolivia en su art. 485 dice que: *“Quien realice un invento tiene derecho a ser reconocido como su inventor, aunque lo hubiera efectuado o desarrollado dentro de su labor diaria en calidad de trabajador dependiente, salvo que hubiese sido contratado como investigador en el campo perteneciente al invento”*.

De la definición, surge que 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 en su explotación durante un período limitado de tiempo. En el ámbito de la Comunidad Andina, en la decisión 486, el art. 50 que dice “...La patente tendrá un plazo de duración de veinte años contado a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud en el País Miembro...”. La patente garantiza un monopolio de explotación de la invención o procedimiento, novedosa durante un cierto tiempo. El Código de Comercio de Bolivia en su art. 484 dice: “Quien haya obtenido y registrado una patente de invención conforme a ley, tiene derecho exclusivo a su explotación por el tiempo determinado por aquella”. Las normas que regulan las patentes de invención comprenden los descubrimientos, así como las mejoras o perfeccionamiento de un invento”.

El derecho de patente es un derecho de contenido negativo, pues implica que el titular tiene derecho a impedir a terceros cualquier acto de explotación comercial o industrial, de la invención patentada. Tiene derecho a impedir a los terceros que sin su consentimiento fabriquen, ofrezcan, introduzcan en el comercio, utilicen o importen, el producto objeto de la patente o lo posean con alguno de esos fines. En el caso que la patente recaiga sobre un procedimiento (muy común en franquicias), entonces el derecho de exclusiva no solo comprende el derecho de poner en práctica con fines industriales o comerciales el procedimiento mismo, sino que el derecho de exclusiva comprende la explotación comercial o industrial de los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado.

El Código de Comercio Boliviano, el cual habla de la licencia de patente bajo el nombre de licencia de explotación señala “...El titular de una patente de invención tiene derecho a otorgar licencias convencionales para la explotación industrial o comercial de su invento, una vez llenados los requisitos legales de la materia y su inscripción en el registro de patentes...”.⁷

⁷ REPÚBLICA DE BOLIVIA, Código de Comercio, art. 484.

b) Transferencia de Know-how. El know-how o los secretos empresariales o industriales, constituyen los secretos técnicos que son la esencia del contrato de licencia de know-how aplicables en cualquier campo de la actividad industrial, los cuales aparejados a los contratos de franquicia o incluso son parte importante del mismo. El art. 260.- de la decisión 486 de la CAN dice: *“...Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios...”*.

La transmisión de conocimientos (know-How) es un elemento y una característica esencial en los contratos de franquicia. La transmisión de un secreto empresarial, la asistencia técnica permanente o la licencia de patente en el contrato de franquicia, constituyen obligaciones del franquiciante. Además existe la obligación de entrenar al franquiciado para la conducción del negocio y la organización del trabajo. A cambio de esta, se debe seguir las instrucciones que ha recibido y actuar de acuerdo con el entrenamiento que le han impartido.

Este entrenamiento junto a la asistencia técnica, es lo que permite la uniformidad en el producto o en la prestación del servicio, o simplemente el

saber cómo llegar al mismo resultado que el obtenido por el franquiciante. Estas instrucciones pueden referirse incluso a temas tales como la decoración del local, uniforme de los empleados, la manera de presentación, etc.

El know-how como bien inmaterial del establecimiento de comercio (franquicia), es susceptible de valoración económica, y por consiguiente, es objeto de diversas operaciones económicas. Es uno de los elementos esenciales del contrato de franquicia y para un sector de la doctrina internacional constituye la prestación característica, pues la transmisión de secretos empresariales (licencia de uso) constituye la esencia del negocio.

La protección del know-How es jurídica y fáctica. La tutela jurídica de los secretos empresariales se lleva a cabo por intermedio de tres áreas específicas, el derecho laboral, el derecho penal y el derecho civil. Por su parte, la protección fáctica se garantiza en la medida en que el receptor o beneficiario de los conocimientos técnicos (el franquiciado) está en la obligación de guardar celosamente la información no divulgada del know-how. Para ello el beneficiario debe ejercer todos los actos tendientes a conservar y reservar confidencialmente el secreto que se le transmitió.⁸

c) Regalías o Royalty. Constituye la forma de retribución del franquiciado al franquiciante a cambio de los servicios y de la asistencia que éste le presta, durante la vigencia del contrato. Por lo general, el franquiciado debe pagar al franquiciante una suma de dinero al principio de la relación y una regalía durante el transcurso de ella. Sin embargo, las modalidades y el monto del pago varían según el vehículo que las partes hayan escogido para la instalación de la franquicia.

d) Operador de franquicia. Es indispensable la figura del operador de la franquicia ya que este contrato es un convenio de tipo personal, aunque el franquiciado sea una sociedad. La muerte o incapacidad del dueño u

⁸ LÓPEZ Guzmán, Fabián "El contrato de franquicia internacional", Bogotá, Ed. Temis S.A., pag.27

operador de la franquicia, o el cierre, disolución y/o liquidación, cuando el franquiciado es una sociedad, son casuales la rescisión del acuerdo ya que no necesariamente los herederos del operador están calificados para continuar el negocio.

e) Territorio. En los contratos de franquicia se establece la zona de actuación del franquiciado. Esa ubicación puede determinar el éxito o el fracaso de la operación.

f) Método operativo. El franquiciante provee asistencia al franquiciado, según los términos del acuerdo. Ello suele complementarse con un manual operativo que establece los modos de cooperación e interacción entre ambos.

Generalmente esa asistencia consiste no solo en el entrenamiento del personal administrativo, sino también en el asesoramiento para la elección del local de la franquicia, la provisión de las especificaciones para los locales, y aún su construcción, el asesoramiento para su equipamiento, la provisión de métodos contables, la guía en la selección de trabajadores, así como la actualización periódica de esta asistencia prestada al inicio del contrato.

Otros elementos no esenciales, pero que generalmente están presentes y complementan el contrato, son:

g) Compromisos de asistencia financiera. Por lo general, el franquiciante no compromete capital propio en el negocio del franquiciado, pero si lo asesora y muy a menudo, lo vincula con bancos o entidades financieras que le proveen los recursos para el equipamiento de la franquicia o para su adquisición.

h) Calidad de los insumos. Interesa al franquiciante constatar que el franquiciado cumpla con los modelos de operación establecidos, de modo que estén aseguradas la imagen y la calidad de su negocio. Por eso, además de fijar la apariencia de los locales, el uniforme de los empleados, su calificación y la calidad y especificaciones del producto vendido, es

conveniente establecer pautas sobre los suministros o insumos, cuando estos son provistos por terceros.

i) Publicidad. La imagen y presencia del franquiciante dependen en gran medida de la publicidad y de las relaciones públicas que lo promueven. El contrato de franquicia generalmente establece que la publicidad estará a cargo del franquiciado y cuál corresponderá al franquiciante, así como también la que estará a cargo de todos los franquiciados de una misma región en forma conjunta.

j) Cláusulas de no competencia. El franquiciante tiene interés en que en el contrato se incluyan cláusulas de no competencia, que significa que el franquiciado no ingresará en negocios competitivos durante el término de la franquicia, ni por un período posterior a su finalización.

k) Compras de bienes o servicios. Es común que se pacten restricciones a las compras de bienes o servicios que pueda hacer el franquiciado, como también que éste se comprometa a adquirir una cantidad mínima de productos.

l) Confidencialidad. Hay una obligación de reserva o secreto, puesto que el franquiciado tendrá acceso a información confidencial del franquiciante que no puede ser revelada a terceros. Aún concluido el contrato, esta obligación perdura por un plazo razonable.

m) Plazo. Las partes pueden establecer un término fijo de duración del contrato. Si éste no estipula un plazo, como no se concibe que las partes queden ligadas a perpetuidad, cualquiera de ellas puede rescindirlo en cualquier momento.

Generalmente, ambas partes tienen interés en establecer un plazo suficiente como para que tanto el franquiciante como el franquiciado recuperen la inversión inicial hecha por el primero, al establecer su sistema, y por el segundo, al establecer el local de la franquicia. Dado que el contrato debe proporcionar

la seguridad de que ambos cumplan sus objetivos, a menudo es preferible establece al comenzar, una relación un plazo mediano que pueda ser renovado.

Por otra parte, debido a la evolución de la franquicia comercial, si se celebra un contrato de una duración en el tiempo, por ejemplo veinte años, seguramente al cabo de algún tiempo el sistema sufrirá cambios y no será sencillo actualizar ese contrato. En definitiva lo aconsejable es celebrar un contrato con una duración de entre dos y cinco años, según la índole del negocio, con diferentes opciones para poder renovarlo en plazos iguales, incluso en forma automática. Debe señalarse que las franquicias internacionales generalmente se otorgan por un plazo considerable de alrededor de diez años o más.

Con respecto a lo anterior, sobre la renovación del contrato de franquicia se discute mucho en torno al caso de que el franquiciante se niegue a renovar el contrato al vencimiento del plazo inicial de duración, sin tener una razón para ello. En EE.UU., por ejemplo, se ha entendido que el franquiciante debe renovar su contrato al vencimiento de su plazo inicial, a menos que demuestre tener razones valederas para no hacerlo. Son razones valederas las causas graves, como que el franquiciado no cumpla alguna cláusula esencial del contrato. ⁹En cambio en la legislación europea la falta de renovación es considerada como el ejercicio legítimo de un derecho contractual, y por ello no trae en consecuencia ningún resarcimiento.

1.4. TIPOS DE FRANQUICIA.

En materia de clasificación de las diferentes modalidades de franquicia posibles, no se puede decir que exista consenso entre autores. Así tenemos una muy interesante dictada por Andrea Herz que tiene tres clases principales:

⁹ MARZORATI, Osvaldo J. "Franchising", Buenos Aires, Editorial "Astrea", 2001, pag. 41.

a) Individual o de unidad. Que es aquella mediante la cual la franquicia es adjudicada a un individuo o empresa para que abra un solo local en un lugar preestablecido.

b) Multiunidad territorial. Mediante la cual se le otorga a un individuo o empresa un territorio para que dentro de sus límites el adjudicatario pueda abrir varios locales de conformidad con las reglas preestablecidas en el contrato suscrito.

c) Master Franchise. El franquiciante contrata a una sociedad del extranjero, autorizando al sub-franquiciante a desarrollar dicha franquicia en su país de actuación, y otorgarle a su vez a terceros nuevas franquicias, adjudicándoles la posición de franquiciados suyos.¹⁰

Por otra parte tenemos otra clasificación propuesta por Sandoval López de los EE.UU., que señala:

a) Product-franchising. Que, como su nombre lo indica, consiste fundamentalmente en un sistema de distribución que supone la entrega de un producto para comercializarlo a la enseñanza acerca de cómo prestar cierto servicio.

b) Format-franchising. (Business format franchising o franquicia de empresa): Que implica ya no solo la simple entrega de un producto a distribuir o la instrucción relativa a la forma de prestar un servicio, sino fundamentalmente al traspaso de la información completa para operar un negocio de venta de productos y de prestación de servicios. En esta clase de franquicias no es necesario que el franquiciado tenga ningún tipo de experiencia para emprender el tipo de actividad de que se trate.

Finalmente tenemos a Fabián López Guzmán que considera que existen fundamentalmente tres tipos de franquicias:

¹⁰ MARTORELL, Ernesto E., "Tratado de los contratos de empresa" Buenos Aires, Ed. "Depalma", 1997, pág. 559, 32.

a) Franquicia Industrial: Esta franquicia se refiere a relaciones entre fabricantes y comporta que el franquiciante le otorga al franquiciado una licencia de patente y un know-how para fabricar un producto, además le brinda asistencia técnica, a su vez, el franquiciado se compromete a comercializar el producto bajo la marca del franquiciante.¹¹

b) Franquicia de Distribución: En esta clase el franquiciante cede al franquiciado el uso de una marca, de un know-how y de un método de comercialización, la asistencia técnica también está presente pero relacionado a la forma de distribuir los productos de manera que se sigan las pautas del franquiciante.

c) Franquicia de Servicios: En esta clase de franquicia el franquiciante le concede al franquiciado el derecho de distribuir y comercializar los servicios, junto con el derecho a usar la marca, denominación o rotulo común además de los secretos empresariales. La única diferencia con la franquicia de distribución es que esta se refiere a servicios.

Sin embargo lo expuesto, el autor mencionado anteriormente sostiene que es preciso también hacer una referencia a la "master franchise" a la que equipara a la "franchise maitresse" del derecho francés. Aclara que es la que asigna a un franquiciado derechos exclusivos sobre un territorio determinado, autorizándolo a otorgar a su vez sub-franquicias a terceros como se mencionó en la anterior clasificación.

¹¹ LÓPEZ, Guzmán Fabián, "El contrato de franquicia internacional", Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, pag. 185, 153.

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

2.1. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

El contrato de franquicia es un contrato mercantil de colaboración empresarial, donde se logra eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas, y donde el franquiciante pone a disposición del franquiciado dos elementos importantes. En primer lugar, una determinada técnica empresarial que constituye un conjunto permanente de medios y servicios de apoyo que prácticamente asegura el éxito del franquiciado; y, en segundo lugar, una línea de productos o servicios con una marca acreditada y

de fama en el mercado, con un sistema comercial experimentado, uniforme y continuamente renovado.

Esta uniformidad de normas impuestas por el franquiciante que se menciona, se imparte a los franquiciados que integran una red, sobre sistemas de comercialización, formas de atención y de presentación de los establecimientos propios de la franquicia que permite crear una imagen de distribución, elemento imprescindible en cualquier cadena de expendio al público que pretenda adquirir confiabilidad.¹²

El contrato de franquicia es un contrato de tipo no formal donde la solemnidad no es un elemento esencial o estructural del mismo. Es un contrato innominado o atípico ya que no posee un reconocimiento legal, expreso y una regulación positiva particular, pese a ser ampliamente reconocido por las legislaciones en función a la libertad contractual. Éste tipo de contrato reúne los requisitos de la figura contractual genéricamente hablando, en la forma de contrato mixto, ya que se constituye por la yuxtaposición de varios contratos típicos (lo que no implica cambiar su característica de atípico), como son los contratos de licencia de marca, licencia de saber hacer ("know-how"), de distribución exclusiva, de aprovisionamiento, de prestaciones. Así mismo el contrato de franquicia es también un contrato oneroso, bilateral o sinalagmático, de tracto sucesivo. Todos estos elementos nos muestran que la franquicia tiene independencia y autonomía respecto a otros contratos, pero en la práctica puede confundirse con otras categorías igualmente modernas. Hay que tener presente que la autonomía de esta figura de la franquicia no excluye de ningún modo a estas otras, aunque la realidad nos demuestra que la franquicia difícilmente se presenta en forma pura, pues por regla general se conjuga con otros contratos asociados entre sí.

2.2. CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

¹² FARINA, Juan M "Contratos Comerciales Modernos" Modalidades de Contratación Empresarial, Buenos Aires, Editorial "Astrea" 2005, pag. 564-565.

El contrato de franquicia es un contrato mercantil, ya que su naturaleza es de explotación de una empresa comercial, o de distribución y de reventa de productos, acordada entre dos partes dedicadas al comercio. Es además un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo. Otras características que definen son la autonomía, la cooperación, y el concepto de "intuitu personae", a continuación se detalla cada una de estas características:

- a) Consensual, porque se perfecciona con el simple consentimiento.¹³
- b) Bilateral o sinalagmático, porque las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.
- c) Oneroso, en razón de que las ventajas que procura una u otra de las partes no le son concedidas sino por una prestación (esfuerzo económico) que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle, a su contraparte.¹⁴
- d) Conmutativo, porque las ventajas que se proporcionan a las partes son ciertas y pasibles de apreciación de forma inmediata. Hay entre ellas una especie de compensación recíproca, que no depende de eventualidad alguna.
- e) Tracto sucesivo, porque las prestaciones a cargo de las partes son de carácter continuado y deben cumplirse en periodos convenidos, sea el contrato por tiempo determinado o indeterminado.
- f) Autonomía, el franquiciado desempeña sus funciones con autonomía puesto que no hay una relación de dependencia jurídica. Sin embargo, esta característica no significa negar la subordinación técnica que existe en razón de la asistencia y entrenamiento que presta el franquiciante al franquiciado, así como tampoco la facultad de control que ejerce el otorgante, en razón

¹³ MALDONADO Calderon, Sonia "Contrato de franchising", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, Pág. 51-52.

¹⁴ MARZORATI Osvaldo J. "Franchising", Buenos Aires, Editorial "Astrea", 2001, pag. 24, 25

que es de interés del franquiciado ajustarse estrictamente a las pautas del franquiciante, con el objeto de emular el éxito del negocio probado. El franquiciado no es mandatario, ni agente, ni representante del franquiciante, sino que toma sus propias decisiones. Opera la franquicia conforme a normas impuestas por el franquiciante, porque le aseguran una posibilidad de éxito que de otra forma no tendría. En consecuencia franquiciante y franquiciado son interdependientes.

g) Cooperación, la colaboración estricta entre las partes, como ya se mencionó, es un rasgo que permite distinguir a la franquicia de la distribución. El franquiciado necesita de la cooperación y asistencia continuas del franquiciante, la distribución es un eslabón más de la cadena de distribución de su proveedor. La franquicia en cambio implica una forma estricta de colaboración, asociación de modo que el franquiciado pueda duplicar el negocio exitoso del franquiciante. Por lo tanto, debe ubicarse entre los llamados "contratos de cooperación" o "de colaboración" que son aquellos en los que una parte desarrolla una actividad en concurrencia con una actividad ajena, si bien de manera independiente. La finalidad tanto del franquiciante como del franquiciado es la producción de bienes o la prestación de servicios, y para ello ambos celebran un contrato con un objetivo común, el éxito de la franquicia.

h) *Intuitu Personae*, debido a que para celebrar un contrato se tiene en cuenta la calidad de los contratantes y éste es un rasgo esencial de este tipo de contrato. Al franquiciante que quiere asegurar la explotación correcta de su negocio, le interesa que quien lo preste tenga cualidades personales particulares. Es cierto que ahora se busca más que el franquiciado tenga solvencia económica y que sea apto para el negocio que se le confía y enseña. La persona del franquiciante es importante para el contrato ya que el franquiciado debe contar con una empresa seria y responsable que le franquicie un negocio probado y por ende rentable.

i) Contrato de adhesión, debido a que muy a menudo la franquicia es un contrato concluido sobre la base de cláusulas predispuestas. Un franquiciante que goza de cierta reputación tiene la ventaja de poder elegir a sus franquiciados y de imponer cláusulas que le sean ventajosas. Es por eso que algunos autores consideran que el contrato de franquicia se caracteriza por la ausencia de negociación, ya que se impone a una de las partes todas las condiciones del acuerdo con la excepción del derecho de aceptarlo o rechazarlo. Este tipo de contrato se denomina genéricamente "de adhesión". El franquiciado generalmente se adherirá a la convención sin poder modificar el contrato tipo que le presenta el franquiciante excepto, en aquellas áreas en las que este lo admita, como por ejemplo, territorio, monto de la inversión, productos a utilizar, y recursos humanos a comprometer. La fuerza económica del franquiciante, al mismo tiempo que su preocupación por dar un trato idéntico, lo lleva a formular un convenio del cual la contraparte no puede apartarse.

j) Innominado o atípico, porque según algunos autores, una característica del contrato de franquicia es el ser innominado o atípico, por el hecho de no encontrarse expresamente reglamentado por el legislador en ningún cuerpo normativo de los países en los que se estudia esta figura. Sin embargo, son contratos utilizados y que surten determinados efectos jurídicos, avalados por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes que rige en la legislación civil boliviana.¹⁵

Por medio de este estudio, se propone precisamente convertir al contrato de franquicia en un contrato nominado o típico en Bolivia.

2.2.1. Contratos Auxiliares a la Franquicia.

La ejecución de una franquicia es un proceso sumamente complicado, que exige al franquiciante confeccionar un contrato minucioso y exacto que valga

¹⁵ CERVANTES Ortiz, Wilfredo "Manual de contratos", Sucre, Editorial "Tupac Katari" 2005, pag. 16

como fundamento para operar un negocio de franquicia. No obstante, en la relación franquiciante - franquiciado existen cuestiones que, a pesar de quedar reguladas en el contrato de franquicia, conviene prestarles mayor protección a través de contratos anexos o auxiliares.

Los contratos auxiliares que se usan con mayor frecuencia son los siguientes:

El Contrato de Comodato sobre los Manuales: Este contrato contiene el derecho que tiene el franquiciado de usar los manuales, así como su obligación de regresarlos en cuanto le sean solicitados o se termine el contrato de franquicia, ya que le fueron otorgados en calidad de préstamo.

El Contrato de Confidencialidad entre el Franquiciante y el Franquiciado: Al ingresar al sistema de franquicia el franquiciado tendrá acceso a información confidencial de propiedad del franquiciante, a través de sus manuales y otros medios. Es por ello que mediante el contrato de confidencialidad el franquiciado convendrá y aceptará tomar todas las medidas necesarias para preservar y proteger la información a través de la de su franquicia; tampoco podrá disfrutarla durante y después de la vigencia del contrato de franquicia. Hay que mencionar que este contrato como auxiliar se puede sustituir por una cláusula de confidencialidad inserta en el contrato principal de franquicia.

El Contrato de Confidencialidad celebrado entre el Franquiciado y sus Empleados: Mediante este contrato el franquiciado se asegura de que sus trabajadores respeten la información confidencial contenida en el contrato de franquicia.

El Contrato de uso de Software: Siendo en la actualidad es un contrato muy común dentro del contrato de franquicia, pues casi todas las franquicias operan con un software especializado.

Sin embargo, este contrato puede darse en dos modalidades: el celebrado entre un proveedor externo que desarrolla el software y el franquiciado, y el celebrado entre el franquiciante y el franquiciado, cuando el primero es

propietario del software. En ambos casos el franquiciado recibe el derecho de usar el software bajo ciertas condiciones de protección del mismo.

El Contrato de Suministro o Abastecimiento: Para mantener la uniformidad y la calidad de los productos en todas las unidades franquiciadas, se celebra este contrato auxiliar por el cual el franquiciado se obliga a adquirir determinado producto con un proveedor particular.

Contrato de Arrendamiento Puro o Financiero: Este contrato auxiliar se celebra cuando el equipo o el bien inmueble donde vaya a operar la nueva franquicia sea de propiedad del franquiciante, por lo que éste se lo rentara al franquiciado por un período de tiempo determinado.

A todo esto, no es un requisito formal el anexar este tipo de contratos, pues se pueden incluir sin ningún problema en el contrato de franquicia todas las obligaciones y derechos que se consideren fundamentales para normar la relación entre el franquiciante y el franquiciado. Sin embargo, se recomienda recurrir a los contratos auxiliares con el objeto de facilitar la aplicación y entendimiento del contrato de franquicia, que como ya lo había dicho antes, constituye la base legal de la operación.

2.3. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS.

a) Contrato de suministro. Este contrato es frecuente en la industria y su objetivo es asegurar un volumen fluido de insumos al productor, por lo que la doctrina suele distinguirlo de la serie de ventas sucesivas. Ahora bien, el contrato de franquicia no es un convenio de suministro, sino que abarca una serie de elementos adicionales que lo distinguen claramente. La marca, el método franquiciado, el interés continuo de ambas partes en el producto final, entre otros son elementos totalmente ajenos al convenio de suministro; este convenio puede integrar al contrato de franquicia, pero no es un elemento esencial.

b) Contrato de Concesión. La doctrina francesa sostiene que la franquicia es en esencia, un tipo dentro de los contratos de concesión. Según esta idea

Guyénot sostiene que *“la franquicia es, en realidad, la manifestación de una mutación en el objeto de los contratos de concesión comercial. Las empresas llegan a una colaboración más estrecha, más sostenida y mejor dirigida bajo el impulso de una de ellas. De este modo, la franquicia no será otra cosa que una forma de concesión comercial, calificada con una terminología propia pero sin significación jurídica: tendrá una misma sustancia contractual bajo términos equivalentes”*. Este autor concibe al contrato de franquicia como un modo de cooperación entre empresas que está muy cerca, casi hasta la identidad, de las técnicas contractuales de agrupaciones de concesionarios, con la diferencia de que el tomador está obligado generalmente a pagar un derecho de ingreso al sistema y cuotas periódicas, mientras que los contratos de concesión no prevén estas obligaciones.

No se comparte las afirmaciones de Guyénot, ya que se entiende que éstas son correctas solo si hablamos de la franquicia tradicional, no de la franquicia de empresa que tiene una evolución que comprende numerosas prácticas como tecnologías, derechos de propiedad industrial e intelectual, licencias de fabricación y acuerdos de distribución. Es un contrato por el cual el franquiciado tiene permiso para hacer negocios conforme un formato pre-preparado establecido por el franquiciante, identificado con su marca comercial, en el que este usualmente controla el método de operación (incluyendo la fabricación) para asegurarse que los bienes y servicios cumplan con los requerimientos de calidad uniforme establecidos por él, con el objeto de duplicar el negocio exitoso. En cambio, en la franquicia tradicional, lo que habitualmente se concede es el derecho de distribuir en forma semiexclusiva un producto fabricado por el otorgante y comercializado bajo su nombre o marca. La tomadora goza en este caso de un grado de autonomía mayor que en el supuesto anterior, ya que es un comerciante con cierto grado de especialización del que carece habitualmente el tomador de una franquicia.

En definitiva, la concesión del uso de una marca y el pago de prestaciones periódicas diferencian totalmente a la concesión de la franquicia pues son ingredientes fundamentales, mientras que no existen en la concesión. Tampoco se concede en esta última un método de comercialización sino que se fijan pautas.

c) Contrato de Distribución. Si bien en ambos contratos el franquiciante y el distribuidor negocian por cuenta propia, hay notorias diferencias entre ellos. El convenio de distribución es un contrato donde el distribuidor compra para revender mercaderías fabricadas por su comitente. La franquicia de empresa, en cambio, es un método para llevar un negocio exitoso adelante y un medio de distribución de la producción del franquiciante. Por otra parte el desarrollo significativo de la franquicia se da en el campo de los servicios, mientras que la distribución principalmente abarca el campo de las mercaderías. En definitiva, el concepto de franquicia de empresa es diferente al del contrato de distribución; en cambio, la franquicia de un producto es asimilable a una forma de distribución.

d) Contrato de licencia. A causa del alto componente tecnológico del contrato de franquicia, la legislación de inversión extranjera y tributaria clasifican a la franquicia dentro de los contratos de transferencia de tecnología, junto con los contratos de licencia de patente y licencia de know-how; sin embargo hay diferencias sustanciales entre sí.

En la licencia de patente no hay convenios suplementarios ni obligaciones accesorias, como en el contrato de franquicia; si bien la licencia de patente puede involucrar una licencia de marca, un secreto empresarial y hasta la construcción de una planta industrial terminada, no existen los elementos de la uniformidad y cooperación empresarial presentes en el contrato de franquicia.

En la licencia de patente y de marca el beneficiario no está en la obligación de acatar las instrucciones del licenciante; goza de completa autonomía y no existe ningún tipo de control como en la franquicia. Además, a diferencia de la

licencia, en la franquicia siempre se conviene un pago fijo al inicio del contrato como derecho de entrada antes mencionado.

e) Contrato de Joint venture. En términos generales, los Joint ventures se pueden definir como contratos de colaboración empresarial en los cuales se comparten los riesgos, las ganancias, las pérdidas; es un contrato mediante el cual dos o más empresarios combinan esfuerzos, capital, recurso humano y experiencia con el fin de llevar a cabo un proyecto en común.

Una de las diferencias radica en que en el joint venture no se debe pagar un capital de entrada como en el contrato de franquicia, de igual forma tampoco están obligados a pagar en forma periódica un canon o royalty.

Otra diferencia es precisamente que el contrato de joint venture es un contrato de asociación empresarial, mientras que la franquicia es un contrato de cooperación entre empresarios distintos, donde el franquiciante transfiere los derechos de explotación de marca, know-how etc., a cambio de una remuneración como ya se viene señalando.

f) Contrato de Agencia. Nuestro Código de Comercio previene el contrato de Agencia o Representación de negocios, por el cual un comerciante asume, en forma independiente y estable, el encargo de promover o explotar negocios en determinado ramo y dentro de una zona prefijada del país, como intermediario de otro empresario nacional o extranjero, con libertad para dedicarse a cualquier otra actividad.

2.4. TERMINACIÓN Y CAUSAS DE RESCISIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Para comenzar, es menester apuntar que el contrato de franquicia se celebra por término fijo, o por término indefinido, aunque esta modalidad no significa que sea para toda la vida, sino que se prorroga o se renueva en forma periódica. La prórroga implica que el contrato de franquicia continúa en las mismas condiciones y por el mismo lapso que el contrato original. En cambio, la renovación lo pone bajo el concepto de contrato nuevo. Ambas figuras

jurídicas tienen una proyección diferente en el contrato de franquicia: mediante la figura de la prórroga el contrato se mantiene con todas sus consecuencias y efectos, bajo las mismas condiciones de tiempo y precio del contrato de franquicia prorrogado. En la renovación, por el contrario, las partes deciden celebrar un nuevo contrato. Al renovarse el contrato de franquicia, las partes pueden cambiar unas obligaciones por otras, efectuarle algunas modificaciones al contrato original, o simplemente pueden dejarlo igual cambiando la cláusula del término.

2.4.1. Causales de Terminación en General.

Considerando que no existe normativa expresa sobre el tema, se aplican disposiciones generales en materia de contratos, y especialmente las referencias que pueden ser encuadradas dentro del marco aplicable a los contratos innominados o atípicos. Sin embargo, como se realiza en la práctica, los contratantes suelen incluir cláusulas especiales para que rijan situaciones particulares que pueden llegar a presentarse como consecuencia de la operación.¹⁶

Tenemos entonces que la franquicia se extingue o concluye según el modo normal de extinción de todos los contratos.

a) Por el cumplimiento del plazo. El contrato de franquicia se termina por el cumplimiento del plazo previsto en el contrato. Sin embargo, las partes pueden convenir en una de las cláusulas del contrato de franquicia que al expirar el término de este se prorrogará o renovará por un periodo igual. En los contratos generalmente las partes disponen sobre la terminación normal del vínculo contractual, y lo hacen evitando incurrir en abuso del derecho. En efecto, es usual convenir un plazo de duración agregando que a su vencimiento el contrato de franquicia se prorrogará automáticamente, por periodos iguales,

¹⁶ LÓPEZ Guzmán, Fabián "El Contrato de Franquicia Internacional", Bogotá, Editorial "Temis S.A.", 2007, pag.142-143

salvo que alguna de las partes ejerza la opción de no prorrogarlo y notifique a la otra parte su terminación.

b) Por cumplimiento del objeto del contrato.

c) Por perfeccionamiento de la condición resolutoria a la cual se subordina la validez o continuación de aquel.

d) Por rescisión del contrato establecida de común acuerdo por las partes. Las partes convienen, en cualquier momento, la terminación de dicho contrato de acuerdo a las normas del contrato de franquicia internacional. El contrato de franquicia se deja sin efecto, y por consiguiente se extinguen las obligaciones asumidas.

e) Por incumplimiento: En caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas, la parte perjudicada por tales circunstancias podrá terminar el contrato. En efecto, las partes desde el principio contraen obligaciones específicas sobre pago del precio, transmisión del know-how, suministro de mercaderías, aprovisionamiento de insumos, etc., que se consignan en el contrato que suscriben. De manera que lo convenido se debe cumplir, de lo contrario el contrato se debe terminar siendo que de acuerdo al principio de autonomía de la libertad el contrato es ley para las partes, y si una parte no cumple con lo convenido, la parte afectada tiene derecho a terminar dicho contrato, más una indemnización correspondiente por perjuicios.

En Bolivia la figura del incumplimiento está recogida en el Código Civil en los arts. 622 y 568 (resolución por incumplimiento) que dice: I. *“En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido puede pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, más el resarcimiento del daño; o también puede pedir sólo el cumplimiento dentro de un plazo razonable que fijará el juez, y no haciéndose efectiva la prestación dentro de ese plazo quedará resuelto el contrato, sin perjuicio, en todo caso, debe resarcir el daño.*

II. Si se hubiera demandado solamente la resolución, no podrá ya pedirse el cumplimiento del contrato; y el demandado, a su vez, ya no podrá cumplir su obligación desde el día de su notificación con la demanda”.

La posibilidad de rescisión unilateral sin aviso por una “razón importante” o incumplimiento es reconocida en todas las relaciones contractuales permanentes. Varias legislaciones latinoamericanas definen la “justa causa” como el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato o todo acto que afecte el interés de la otra parte. El período de preaviso requerido usualmente es de tres a seis meses, y se justifica con el tiempo que necesita la otra parte para minimizar el daño que resulta de la terminación. La falta de preaviso en las legislaciones mencionadas tiene como resultado la responsabilidad por daños. Lo normal es que los convenios de franquicia prevean todos estos supuestos en forma minuciosa. Cabe destacar que, quebrada una relación de franquicia, que es *intuitu personae*, la falsa causa debidamente acreditada se resuelve en daños y perjuicios.

Obviamente también podrán presentarse durante la vigencia del contrato situaciones conflictivas no previstas al contratar, que podrán tener una incidencia indirecta en el desarrollo o en las propias posibilidades de subsistencia del vínculo, como son:

a) Ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor: Se refiere a que en los contratos de larga duración, como los de cooperación, joint ventures, agencia, distribución y franquicia, es frecuente insertar cláusulas donde, como su nombre lo indica, el caso fortuito son las posibles eventualidades que puedan impedir la normal ejecución de la obligación, que como es fortuito las partes no pudieron prever. Por su parte, la fuerza mayor se refiere al caso de que se verifiquen determinadas circunstancias excepcionales, que no se pueden evitar, es decir sean “irresistibles”, de modo que se permite a la parte que sufre sus efectos que suspenda la ejecución del contrato, o si la fuerza mayor perdura, que proceda a la resolución sin incurrir en responsabilidad frente a la

otra parte contratante. Esta cláusula responde a un principio admitido generalmente en las legislaciones nacionales, según el cual, cuando una prestación deviene imposible por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, éstas quedan liberadas, pudiendo variar sus efectos en las diversas legislaciones.

b) Aplicabilidad de la teoría de la imprevisión por excesiva onerosidad sobreviniente: Esta teoría también llamada cláusula de "hardship" se refiere a los casos en que, consecuencia de una circunstancia no prevista por las partes, cambia notablemente el equilibrio económico del contrato, haciendo su ejecución especialmente onerosa para una de ellas. Su objetivo es permitir la adecuación del contrato a las nuevas circunstancias, bien a través de una revisión o por medio de la intervención de un tercero.

Esta cláusula no recibe un reconocimiento general en los distintos ordenamientos, por lo que su invocación en los contratos internacionales solo se acepta cuando las partes expresamente la hayan previsto en el contrato o cuando el cambio de circunstancias sea equiparable a la fuerza mayor. En el Código Civil Boliviano esta teoría se encuentra recogida en el art. 581, y nos dice que *"en los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario"*.

La terminación anticipada por cualquier causa origina también otra suerte de problemas, debido a que el contrato no pudo producir los efectos que le eran propios. Así, deberá determinarse si la causa invocada por el franquiciante está justificada debidamente, de modo que pueda ser aprobada en juicio. En algunas jurisdicciones, la terminación no puede ser abusiva. Aunque no se exprese la causa, corresponda darse un preaviso suficiente, similar al que se da en una relación de distribución. Ninguna jurisdicción favorece la terminación

abusiva. Así lo pusieron de manifiesto los tribunales australianos al condenar a Burger King por una suma varias veces millonaria ante una demanda de su franquiciado principal basada en la decisión de Burger King de impedir su crecimiento y facilitar el desarrollo de otro franquiciado.

2.4.1.1. Fallecimiento del Franquiciado.

La muerte del franquiciado presenta un problema crucial; contractualmente, pone fin a la franquicia. Si la relación se considera *intuitu personae*, no existiría cuestionamiento alguno a esta disposición, pero aun no considerándola así, la facultad de rescindir la franquicia en ejercicio de una cláusula convenida tampoco podría discutirse. Lo que si se discute es como se transfiere la franquicia en tales circunstancias. En Brasil se entiende que el perfil del franquiciado es relevante para la relación de franquicia y es una de los recaudos que debe contener la circular de oferta de franquicias bajo pena de nulidad del convenio. Ahora bien si el perfil del franquiciado es relevante, es admisible discutir que la relación con este es estrictamente personal, y por ende, no transmisible.

Es lícito preguntarse qué sucede cuando el franquiciado ha adoptado precavidamente la forma societaria. Esto ocurre normalmente en la situación de la franquicia maestra o en los acuerdos de desarrollo. Obviamente, la disolución de la sociedad del franquiciado provoca la automática disolución del contrato. Sabemos que es más complicada la relación *intuitu personae* con una sociedad anónima, que con una persona determinada, por ejemplo, con el operador de la franquicia que es aceptado y entrenado por el franquiciante, y que como condición impuesta en el contrato, debe hacerse cargo de esta función si el operador se incapacita o fallece, la sociedad franquiciada debe proponer otro operador, y si este no es aceptado por el franquiciante, se resuelve la franquicia. En algún contrato internacional de franquicia se ha visto pactada la facultad del franquiciado o de sus herederos

de presentar al franquiciante un candidato para operar la franquicia dentro de cierto plazo del deceso del franquiciado.

Si el franquiciante, a su vez no acepta, dentro de un cierto plazo al que denominamos operador sustituto, entonces se resuelve la franquicia. El mecanismo en la franquicia maestra local es muy parecido: el franquiciante se reserva el derecho de aceptar o rechazar un franquiciado sucesor.

2.4.1.2. Quiebra o Concurso.

La quiebra del franquiciante pone, de hecho, fin al contrato, porque es así generalmente pactado, y además porque ningún síndico o liquidador puede cumplir el rol de franquiciante. De la misma manera, la quiebra del franquiciado, sea persona física o jurídica, resuelve el contrato. Sin embargo en algunas jurisdicciones, el juez de la quiebra, a pedido del síndico, puede decidir la continuación del contrato si la quiebra dispusiera de medios para hacer frente a las múltiples obligaciones del franquiciado, que carece de crédito. De todos modos, en la práctica ningún negocio franquiciado unitario puede sobrevivir, porque de hecho, la carencia de fondos discontinuaría las operaciones.

En general, si la franquicia goza de buen nombre, el franquiciante tiene dos caminos: o continúa la operación en forma temporaria antes de que se declare la quiebra o busca algún candidato que adquiera la franquicia, antes o después que se declare la falencia.

2.4.1.3 Causas de Rescisión del Contrato.

Cuando se haya incumplido en el contrato, si existe una declaración a voluntad de la parte perjudicada de rescindir el contrato y desvincularse de la

otra parte, dicha parte perjudicada tendrá todo el derecho a llevar a cabo dicha acción.¹⁷

Las circunstancias más comunes de incumplimiento en un contrato de franquicia son las siguientes:

Modificación del Know-How (Saber-hacer): El franquiciado ha obtenido un procedimiento probado y exitoso, y está comprometido a seguirlo. El incumplimiento a este compromiso puede resultar en la resolución del contrato, ya que este estaría poniendo en juego la imagen y el prestigio de la marca o servicio, y por lo tanto a la toda la red.

Alteración de la Información y/o Mora en las Regalías: Este punto está relacionado con la información financiera que el franquiciado le debe suministrar al franquiciante, con el fin de calcular las regalías periódicas a pagar. Si el franquiciante comprueba que esta información ha sido falsificada, se puede pedir la resolución del contrato inmediatamente ya que se estaría intentando perjudicar con una de las obligaciones principales del contrato. Lo mismo sucedería si el franquiciado no llega a cancelar las regalías de los plazos establecidos.

Prestación de Servicios no Autorizados: Todo contrato de franquicia debe especificar cuáles son los productos y servicios que debe brindar el franquiciado. Un cambio no autorizado puede resultar en la resolución del contrato.

Enajenación no Autorizada de la Franquicia a un Tercero: La prohibición de ceder, gravar, pignorar y de cualquier forma traspasar los derechos de la franquicia a un tercero, debe ser contemplada expresamente dentro del contrato. Si este es el caso y dicha enajenación ocurre, el franquiciado incide en el incumplimiento.

¹⁷ MARZORATI, Osvaldo J. "Franchising", Buenos Aires, Editorial "Astrea" 2001, pag .99-100, 113.

Aurora Hernando Giménez, define a la rescisión como un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, "ipso jure"-, sin la necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente valido, por incumplimiento culpable en este, imputable a una de las partes¹⁸.

Utilización ilegal de las Marcas o Derechos del Sistema de Franquicias: El franquiciado sólo puede usar las marcas para lograr el objetivo propuesto en el contrato. En caso contrario, se afectaría el objeto mismo de la franquicia.

Puede ocurrir asimismo, el caso que el negocio franquiciado sea clausurado, embargado o intervenido por cualquier autoridad competente; el caso que por cualquier causa el franquiciado pierda la posesión o el dominio del bien inmueble donde está físicamente la franquicia; el caso que el franquiciante o el franquiciado incumplan con cualquier disposición legal o administrativa que regule el contrato de franquicia; y, el caso que el franquiciante incumpla con alguna de las obligaciones pactadas en el contrato de franquicia.

Si el incumplimiento se da por parte del franquiciado, el daño del franquiciante se compone del daño emergente que consta de las prestaciones adeudadas por el franquiciado, daño a la imagen y prestigio de la cadena de franquicia debido al cierre fraudulento, también podría cobrar el lucro cesante compuesto por las regalías u otras prestaciones aún no recibidas, así como el daño moral si fuese persona física con actividad empresarial.

2.5. CLÁUSULAS QUE CONTIENE EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Como se ha venido analizando, cada contrato debe satisfacer sus propias necesidades y estar acorde a la complejidad y a las particularidades de la franquicia; sin embargo, se considera que hay ciertos temas que deben estar perfectamente establecidos de manera uniforme, a fin de evitar malos

¹⁸ HERNANDO, Jiménez Aurora "El contrato de Franquicia de Empresa", Madrid, Ed. Civitas, 2000, pag. 379.

entendidos que deriven en posibles controversias. Las cláusulas que necesariamente debe contener un contrato de franquicia son:

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.¹⁹

Establecer la inexistencia de relación laboral o sociedad: Es importante destacar que entre el franquiciante y el franquiciado no existe vínculo laboral ni societario, lo cual constituye 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.

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: 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. Las regalías están destinadas a solventar costos de estructura, de soporte y asistencia.

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

¹⁹ FUENTES Bernal, Jiménez Fabio "El Contrato De Franchising" Ed. Investigaciones Jurídicas, San José Costa Rica 1995, pag. 54.

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.

Otorgamiento del territorio: Se define un territorio exclusivo, cuyos límites pueden estar representados por una zona delimitada por calles, por municipios, estados, una región o un país, dentro de la cual el franquiciante concede al franquiciado el derecho de utilizar la marca y el sistema de operaciones definidos en el contrato.

Los temas importantes de este punto son el otorgamiento o no de territorio exclusivo por parte del franquiciante y el derecho que éste tiene de aprobar o no el futuro emplazamiento de la franquicia. Esto último es fundamental, pues más que una restricción debería ser un servicio de asesoramiento.

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.

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 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.

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.

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. En ocasiones las legislaciones locales disponen formas de llevar la contabilidad específica que difiere de aquellas que tiene el franquiciante, por lo tanto habría que prever esto en el contrato al momento de la negociación.

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.

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 en él establecidas, sin considerarse concreta dicha enunciación.

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 y Fideicomiso: El franquiciado garantizará el cumplimiento de las obligaciones a su cargo en el contrato de franquicia mediante una fianza a favor del franquiciante. Por otro lado, el franquiciante se puede reservar el derecho a otorgar a la franquicia a través de un fideicomiso.

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 inicialmente 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.

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.

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, confidencialidad, etc.

Derecho aplicable: Las partes acuerdan las normas por las cuales resolverán sus discrepancias, así como la legislación aplicable.

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.

Glosario: 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, se sugiere que 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.

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.

2.6. NEGOCIACIÓN DE CONTRATOS INTERNACIONALES.

Los contratos de franquicia de unidad o individual anteriormente descrita, son a veces identificados con contratos de adhesión, pues los franquiciadores tienden a usar contratos estándar para todos sus sistemas. La situación es diferente con los contratos de franquicia principal, pues estos son normalmente ampliamente negociados. Esto no debería sorprender, considerando que el objeto de un contrato de franquicia principal es el otorgamiento de derechos de franquicia para un territorio mayor, a veces para todo un país o incluso para más de un país. A menos que el país del franquiciador y el del sub-franquiciador estén geográfica y culturalmente cercanos el uno del otro, las diferencias nacionales en términos de idioma, cultura, tradiciones, religión, derecho, y desarrollo económico y social serán tales como para hacer modificaciones en el sistema de franquicia imperativas, si se quiere que tenga éxito el negocio en el país del sub-franquiciador.

Un contrato estándar que ha sido hecho a la medida para usarlo en un país, es por tanto improbable que sea adecuado para otro país. La importancia del proceso de negociación, en el curso del cual se acuerdan todas las modificaciones necesarias, se aumenta por tanto considerablemente en el

caso de los propios contratos de franquicia principal, pero también en el de los otros contratos implicados en acuerdos de franquicia principal internacional.²⁰

2.6.1. Redacción de Contratos de Franquicia Internacional.

La relación de franquicia principal es a menudo regulada por algunos documentos, además del primordial contrato de franquicia principal. Estos pueden incluir un manual para el subfranquiciador, un manual de operaciones que el sub-franquiciador debe proporcionar a los subfranquiciados en relación al funcionamiento de la unidad, informes y expedientes a presentar al sub-franquiciado, guías de publicidad, contratos separados referentes a la licencia de la propiedad intelectual y cualesquier otros contratos de licencia, y la cláusula arbitral. En algunos países éstas y similares cuestiones son tratadas en el marco del contrato de franquicia principal, mientras que en otros en cambio compondrán el objeto de uno o más contratos separados.

En algunas jurisdicciones, puede haber normas imperativas sobre formas contractuales que exigen que todas las obligaciones de las partes se establezcan en el propio documento contractual y sean personalmente firmados por ellas. En tales casos no es posible referirse a documentos accesorios no firmados. La técnica adoptada dependerá en gran medida de las técnicas de redacción tradicionales en el país o países concernidos.

En el caso de contratos de franquicia internacional, como en el de cualquier otro contrato internacional, la cuestión del idioma y estilo en que debería redactarse el contrato será un asunto de importancia. No es sin embargo extraño que los franquiciadores sean reacios a aceptar que sus contratos puedan diferir dependiendo del país en que estén operando. Los franquiciadores frecuentemente preferirán aquello con lo que se encuentran familiarizados, ya sea el idioma de los contratos, el formato en que los contratos están expresados o el derecho que se les ha de aplicar. Esto es comprensible,

²⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT) "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional", Roma, 2005, pag. 24.

considerando que los franquiciadores que operan internacionalmente estarán a menudo activos en un número de países diferentes y que sus contratos habrían de escribirse por tanto en un considerable número de idiomas y estilos diferentes. Esto naturalmente haría difícil para el franquiciador y los abogados del franquiciador mantener el control sobre las operaciones. Consideraciones prácticas parecerían dictar que los contratos deberían redactarse en el estilo e idioma del país en que van a cumplirse, pues éste es el país en el cual es probable que surjan conflictos y en el que van a decidirse.

Podemos agregar que las partes en los contratos de franquicia, generalmente convienen algunas alternativas para la resolución de los conflictos que puedan surgir, por esto es muy importante mencionar a la mediación y el arbitraje que puede estar inmersa en el contrato principal como una cláusula específica, o bien como un contrato auxiliar anexo al de franquicia.

2.6.2. Mediación y Arbitraje.

Son posibles de estipular dentro de un contrato de franquicia, aquellas cláusulas mediante las cuales las partes contratantes puedan obtener la solución de los conflictos de intereses o diferencias que puedan surgir. Por esto, y para la solución de los conflictos, en los contratos de franquicia es posible que se establezcan cláusulas de arbitraje y/o de sometimiento a un proceso de mediación para el caso de que sea necesario un tercero a la hora de resolver una controversia, evitando de pleno el tener que acudir a los tribunales de justicia ordinaria.

2.6.2.1. Mediación.

Estos procedimientos se caracterizan por tener base exclusivamente contractual y no estar sujetos a ninguna formalidad legal que no provenga de la voluntad de las partes. Por ende, la mediación no tiene por objeto decidir quién tiene la razón en un diferendo y declararlo con fuerza vinculante, como

sucede en el arbitraje, sino que su finalidad es determinar o proponer un compromiso que las partes pueden o no aceptar.

Características de la mediación.

- 1) Es de origen contractual.
- 2) No es vinculante para las partes.
- 3) Procedimiento informal y generalmente oral.
- 4) Duración depende de la voluntad de las partes.
- 5) Dado que no es vinculante la fórmula propuesta por el mediador (siempre y cuando no se firme el acta de mediación que es de estricto cumplimiento y ejecutable ante un juez ordinario), tampoco lo son las concesiones parciales o admisiones recíprocas que las partes pueden otorgarse durante el procedimiento.

En Bolivia la mediación está contemplada como un procedimiento independiente o integrado a una iniciativa de conciliación, así lo establece el art. 94 de la Ley. N. 1770, de 10 de marzo de 1997, norma que regula al Arbitraje y Conciliación.²¹ La mediación es muy común en los contratos incluso antes de comenzar un arbitraje; las partes, pactan un procedimiento de mediación que consiste en designar un mediador y fijarle un tiempo para que su gestión pueda llegar a buen puerto. En palabras de Osvaldo Marzorati *“este mediador tiene una función de catalizador entre dos elementos químicos que no congenian. Muchas veces por esa razón se produce una reacción química favorable y se llega a un consenso, producto, en general, de la habilidad del mediador”*.

Por otra parte, la mediación puede ser usada por una de las partes simplemente para conocer con mayor profundidad los planteos de la otra y

²¹ REPÚBLICA DE BOLIVIA, Ley. N. 1770, de 10 de marzo de 1997 “Arbitraje y Mediación” Artículo 94

utilizar a un tercero para sopesar sus propios argumentos sin estar obligada a consensuar un resultado o una propuesta efectuada por el acto obligatorio para los firmantes.

Por todo lo antes mencionado, la mediación privada es frecuentemente utilizada y los contratos de franquicia han comenzado a prever este mecanismo como una alternativa para la solución de conflictos. En definitiva, se crea o no en la institución de la mediación, es un procedimiento privado de conciliación al que es conveniente recurrir para evitar llegar a un litigio.

2.6.2.2. Arbitraje.

Cuando existe un conflicto de intereses, generalmente se piensa, que debe ser resuelto por una tercera persona imparcial (el juez), ya que esa es la solución que normalmente se le da a los conflictos en las sociedades modernas, y específicamente recurrir a la justicia estatal parece el camino indicado. Sin embargo, esto no siempre es así, ya que un sinnúmero de conflictos se resuelven al margen de la justicia pública. En efecto, una considerable cantidad de conflictos, especialmente los que se generan en el comercio (nacional e internacional), son derivados al arbitraje privado, en el cual las partes no solo eligen al juzgador, sino también los procedimientos aplicables y a veces hasta el modo en que se ejecuta la decisión (laudo).

Se puede definir el arbitraje como "una técnica para dirimir conflictos que consiste en poner en manos de un tercero privado la solución de estos, comprometiéndose las partes a acatar su decisión". El art. 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de la CNUDMI tiene una definición de arbitraje que fue aprobada por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006 dice que *"El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que*

hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no".²²

Siendo esta facultad de las partes y no pudiendo ser discutida, dado que existen diversos motivos que legitiman su derecho de renunciar a la jurisdicción estatal y someterse al arbitraje, uno de los motivos es que el arbitraje posee muchas ventajas con respecto al proceso jurídico público, como la oralidad, privacidad, inmediatez, la secuencia lógica de las actuaciones y celeridad,²³ sin embargo otros autores encuentran algunos inconvenientes al arbitraje como son:

Excesiva onerosidad en la generalidad de los casos: Debido a que los costos de honorarios de representación legal, los honorarios de los árbitros y la institución arbitral (mientras más prestigio tiene la institución, más costoso es el arbitraje), y el resto de los gastos inherentes al proceso arbitral.

Los riesgos de una cláusula arbitral mal redactada: Cláusulas arbitrales "patológicas" son aquellas que conllevan problemas relativos a su interpretación o ejecución, pues no cumple con cuatro funciones fundamentales: 1.- producir efectos obligatorios para las partes; 2.- impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido; 3.- dar al o a los árbitros el poder para resolver el litigio; 4.- permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo.

La independencia e imparcialidad se encuentra en duda en especial en relación con los árbitros designados por las partes y el rol que estos deben desempeñar. Se puede afirmar a primera vista que el árbitro siendo un juez privado ofrece menos garantía e independencia que un juez estatal. En la mayoría de los casos, el árbitro es un abogado vinculado al mundo de los negocios, lo que puede crear diversos conflictos de intereses.

²² MARZORATI, Osvaldo J. "Franchising", Buenos Aires, Editorial "Astrea" 2001, pag. 245 129.

²³ LEY MODELO DE LA CNUDMI sobre "Arbitraje Comercial Internacional" 1985, Ver http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf fecha de consulta 29/09/12.

En vista que los árbitros carecen de poder coercitivo para ejecutar sus decisiones, la ejecución del laudo implica que la parte vencedora, tenga que recurrir a la justicia ordinaria en caso de incumplimiento y para cuestiones como la formalización judicial del arbitraje (si una parte se niega a someterse al procedimiento arbitral), o el reconocimiento y ejecución forzosa de los laudos arbitrales. Además se agrega el hecho que de acuerdo a la Convención de Nueva York de 1958, en su art. 5, se permite al Estado donde se pretende ejecutar un laudo, denegar su reconocimiento y ejecución en caso de que el mismo sea contrario al orden público de ese país. El proceso arbitral es de única instancia, por lo que no es posible interponer los recursos que se instauran contra las sentencias de los jueces. Existe la posibilidad de interponer acción de nulidad del laudo arbitral, siendo esta acción un medio de control exclusivamente sobre la legalidad del procedimiento, pues lo relativo al aspecto sustancial o de fondo de la resolución carece de recursos.

Este acuerdo entre partes goza del principio de autonomía de la voluntad que se encuentra consagrado en diversas disposiciones que regulan el arbitraje a nivel nacional e internacional. Igualmente, ha sido admitido por la jurisprudencia de diversos países, como también aplicado por los mismos tribunales arbitrales donde este principio aplica en su fórmula tradicional, que el pacto arbitral es considerado independiente del contrato principal al cual se refiere el litigio, por lo cual el pacto arbitral no se ve afectado por los hechos que determinan la extinción e invalidez o suspenden la eficacia del contrato. A este principio se lo conoce como el principio de separabilidad del convenio arbitral y busca asegurar la eficacia del pacto arbitral evitando que se vea perturbado por la invocación de la nulidad o inexistencia del contrato en relación con el cual surge el litigio. Diversas legislaciones como la boliviana, ecuatoriana, y muchas europeas como suiza, española, italiana, alemana, consagran el mismo principio, aunque con diferencias en su formulación. Además, la ley modelo de UNCITRAL que lo establece en su art. 16 (Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia) que dice “e/

tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje..." A ese efecto una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral que el contrato es nulo no entrañara ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria"

Clases de arbitraje:

a) Voluntario o forzoso: Es voluntario cuando las partes pactan libremente su realización. Generalmente tiene como fuente una convención que formara parte de un contrato o de un negocio jurídico privado, mediante la cual las partes se comprometen a derivar la solución de las controversias que puedan surgir entre ellas, al procedimiento arbitral. En cambio es forzoso cuando en determinadas materias por disposición de la ley, las partes deben someter las controversias a la jurisdicción arbitral, y por ello también se lo llama arbitraje legal. La legislación boliviana regula el arbitraje en la ley no. 1770 de 10 de marzo de 1997 en su art. 3 que dice *"Pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse"*.²⁴

b) Ritual o libre: Será ritual cuando esté contemplado en la legislación aplicable, es el arbitraje que se encuentra regulado en los códigos procesales, y que se aplicara cuando las partes así lo prevean, o cuando no prevean otra cosa distinta, o bien cuando la ley expresamente lo ordene. En cambio, será

²⁴ REPÚBLICA DE BOLIVIA, Ley. N. 1770, de 10 de marzo de 1997 sobre "Arbitraje y Mediación" Artículo 3.

libre cuando se tramita de acuerdo a las normas que las partes comprometientes fijen, sin atadura a ninguna formalidad procedimental.

c) "Ad hoc" o institucional. En el arbitraje Ad hoc (también conocido como artesanal o personal), el árbitro es una persona nombrada para resolver un caso determinado, debido a sus características personales y conforme a las reglas de procedimiento que el árbitro establece al efecto. Tiene la ventaja de brindar mayor rapidez y de aumentar la confianza que las personas pueden dar a las partes. Por otro lado, el arbitraje institucional es el realizado por una institución permanente. Por supuesto que la institución como tal no puede arbitrar si no por medio de los árbitros que forman parte de la lista del centro de arbitraje, sin embargo vale la aclaración porque la responsabilidad del proceso y la autoridad del resultado recaen sobre la institución. La ventaja de este tipo de arbitraje está dada por la estabilidad que significa una institución en cuanto a su permanencia en el tiempo, frente a una persona física que puede morir, enfermar o incurrir en conflicto de intereses con las partes que la han designado.²⁵

Algo importante para resaltar es que la ley que el tribunal arbitral designado deberá aplicar la ley que las partes libremente hayan convenido en el convenio arbitral, así figura en el art. 7 de la Convención Internacional para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras suscritas en Ginebra, Suiza el 26 de septiembre de 1927, que dice *"las partes tienen libertad para determinar el derecho que los árbitros deberán aplicar al fondo del litigio, a falta de indicación por las partes del derecho aplicable, los árbitros resolverán lo pertinente a cada especie. En ambos casos los árbitros tomarán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos del comercio."* Así mismo, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, en su art. 10 expresa éste concepto, dando libertad a las partes para elegir el derecho que aplicará el tribunal arbitral designado, cuando dispone: *"las partes podrán elegir el*

²⁵ MARZORATI, Osvaldo J. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, pag. 248, 249.

derecho que se aplicara para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como el derecho comercial internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”.

2.6.3. El Contrato de Franquicia Nacional.

Como ya se vino exponiendo, el contrato de franquicia es un contrato atípico en la legislación nacional boliviana. No encontramos una regulación sobre la materia ni en el Código Civil, ni en el Código de Comercio, de manera que el contrato se regulará por lo que las partes convengan, en virtud del postulado de la autonomía de la voluntad.²⁶ En efecto, esta directriz contractual faculta a las partes para determinar el contenido del contrato, sus cláusulas, etc. No obstante, el alcance de este lineamiento negocial va más allá, ya que el campo de los negocios internacionales autoriza a las partes a escoger el ordenamiento jurídico aplicable en su relación y el foro que resolverá sus controversias, siendo factible un arbitraje como se trató.

Por ahora, debe quedar claro que por tratarse de un contrato atípico, son las partes las llamadas a establecer el contenido, alcance y efectos del contrato, de acuerdo con la facultad que les otorga el ya mencionado principio de la autonomía de la voluntad, por el cual se concibe que en la actividad de que se trate el contrato, la iniciativa privada es libre de pactar sus reglas, siempre respetando los límites del orden público.

Aplicando estos criterios, y después de un análisis de la cantidad de empresas franquiciantes en Bolivia, podemos advertir que este tipo de contratos adoptan pocas empresas y personas, siendo una de las posibles causas la falta de legislación.

²⁶ SANTOS Balandro, Rubén, “Arbitraje Privado” compendio normativo, acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur, Buenos Aires, Argentina el 23 de julio de 1998.

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, así como las recaudaciones fiscales, entre otros. Este tipo de contrato da a los franquiciantes 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 franquiciante, 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.

Se advierte que nuestro Código de Comercio no contempla un marco jurídico regulatorio sobre la franquicia comercial de manera general, y tampoco sobre el contrato de franquicia en particular. Ello constituye un verdadero problema porque no existen las suficientes garantías para las partes que intervienen (franquiciante y franquiciado) en este tipo de estrategia comercial de expansión, que ha venido operando en Bolivia desde el año 1998, respecto a empresas como: Mc Donald's (cadena de hamburguesas que se retiró del país), Burger King, Lomitón, Domino's Pizza, Rock and Fellers, Coca-Cola, Pepsi-Cola, Radisson Plaza Hotel, Hotel Ritz, Lolita casa de moda y otras, entre las nacionales Calzart Bolivia, Dulces Jessen (chocolatería) o Manjar de Oro (chocolatería), muchas de ellas de relativa antigüedad.

Hoy la actividad comercial se encuentra fortalecida por nuevas modalidades de contratación, las mismas que surgen como consecuencia de la necesidad de implementar nuevas y modernas formas de negociación, que vigoricen los

actos de comercio a través de contratos que ofrezcan mayores y mejores opciones de comercialización que permitan el desarrollo comercial y económico, en un marco de seguridad de los intereses de las partes contratantes.

Este vacío jurídico constituye una vía de escape para el incumplimiento o la vulneración de los derechos patrimoniales del franquiciante o del franquiciado, quienes se sienten desprotegidos en Bolivia, máximo si se considera que este tipo de estrategias de expansión comercial requiere de una fuerte inversión económica, tecnología, know-how, la marca, recursos humanos previamente capacitados, entrenados, soporte técnico, infraestructura, etc., que al amparo de una marca reconocida internacionalmente, buscan prestar un servicio o vender un producto en estricta sujeción a normas de control y calidad.

La franquicia debe ser entendida no sólo como una forma de expansión comercial que permite la entronización de empresas o compañías extranjeras que pretendan operar en Bolivia, sino también, como un instrumento de fortalecimiento, desarrollo económico, generador de empleos a mediano y largo plazo, que puede viabilizar la exportación vía franchising tanto de productos o servicios prestados por medianos y grandes empresarios nacionales, que aspiren a la colocación de los mismos en diversas plazas del extranjero.

La regulación del contrato de franquicia al interior del Código de Comercio Boliviano es importante para consolidar un marco jurídico que asegure el derecho en general de los inversionistas, debido a que de acuerdo con la administración de pequeños negocios en los Estados Unidos y muchos países en Europa, Centro y Sudamérica, la franquicia tiene varias ventajas sobre los minoristas independientes.

CAPÍTULO III
ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA A REGULAR

3.1. ELEMENTOS QUE CONVIENE REGULAR SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

El Código Civil Boliviano establece la noción de contrato en su art. 450 cuando dispone que *“hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre si una relación jurídica”*.

En la legislación civil boliviana se encuentra los elementos generales estructurales para que pueda existir el contrato, determinando además ciertas exigencias para que una vez celebrado, otorgue condiciones para surtir todos los efectos jurídicos. Por esto tenemos:

3.1.1. Elementos de Forma

El Consentimiento: El acuerdo o concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones es lo que específicamente se denomina en derecho consentimiento, que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer.

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.

Vicios en el Consentimiento: Para la existencia de un acto jurídico es necesaria la manifestación de la voluntad del agente o agentes que intervienen en su celebración, pero además es indispensable para la validez del mismo acto que dicha voluntad sea sana, es decir que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye la libertad y la conciencia que la ley presupone en el agente al reconocerle poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.²⁷

Según el Código Civil Boliviano en su art. 473, de los vicios del consentimiento son el error, la violencia y el dolo.

²⁷ OSPINA Fernández, Guillermo, OSPINA Acosta, Eduardo *“Teoría general del contrato y los demás actos o negocios jurídicos”*, Bogotá, Editorial “Temis” 1994, pag.156.

Error: En un sentido estricto el error se puede definir como la falsa noción de la realidad, a diferencia de la ignorancia, que es la ausencia de concepto y no una discrepancia de la realidad como el error. En el terreno jurídico, la ignorancia debe ser equiparada al error, especialmente cuando se trata de proteger la autonomía de la voluntad privada, porque esta no solamente queda amenazada por las ideas falsas de los agentes, sino también por la ignorancia de estos, más aún cuando la mayoría de los casos de error proviene de la ignorancia: el concepto falso encuentra su origen en el desconocimiento de la realidad.

Violencia: Se entiende toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico. Dicha presión produce en la víctima un sentimiento de miedo o temor, que lo coloca en un estado de necesidad o que le resta la libertad de decisión requerida por la ley para cualquier manifestación de la voluntad privada. De manera que la voluntad expresada bajo el imperio de la fuerza o violencia, es imperfecta y está viciada de falta de espontaneidad.

Dolo: Según la definición de Pothier, el dolo es "*...toda especie de artificio de que alguien se sirve para engañar a otro...*" Aplicado este concepto a la formación de los actos jurídicos, consiste en cualquier maquinación, trampa, artificio o astucia encaminados a sorprender a la víctima y provocar su adhesión, bien sea sobre el acto en general, bien sea sobre ciertas condiciones de él. Consiste pues crear en la mente de una persona, mediante procedimientos condenados por la buena fe, un móvil o razón para consentir, móvil o razón que en realidad no existen, que es ilusorio y pernicioso.

El Objeto: Para que se configure un acto jurídico, no basta cualquier manifestación de voluntad, sino que es necesario que el agente o agentes persigan un objeto jurídico, cual es la creación, modificación o extinción de relaciones de tal índole.

Lo anteriormente dicho permite establecer la distinción entre el objeto genérico y el objeto específico de los actos jurídicos.

a) Objeto genérico: Consiste en esa intención abstracta de participar en esa regulación de las relaciones sociales, en el ejercicio de la facultad que para ello confiere a los particulares el postulado de la autonomía de la voluntad privada, o sea, que es un requisito también genérico de todo acto jurídico.

b) Objeto específico: Está constituido por el contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes, o en su defecto, por las normas destinadas a completar o a suplir la voluntad deficiente o faltante, según la naturaleza de determinado acto.

Licitud en el objeto: Quiere decir que el objeto del contrato debe encontrarse dentro del comercio humano permitido por la ley y las buenas costumbres.

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.

La causa: El Código Civil de Bolivia establece en el art. 452, inciso 3) a la causa como requisito de formación del contrato. Por consiguiente, de manera

implícita se refiere que dicha causa debe ser necesariamente lícita para la formación y validez de los contratos.²⁸

En este sentido, el art. 489 de mismo cuerpo legal establece "*...la causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando el contrato es un medio para incumplir una norma imperativa...*". Es preciso señalar que este tema es motivo de discusión en la doctrina. La causa, a decir de Scaveola resulta la más insegura del derecho, desde que el código francés incluyó entre sus reglas dos relativas causas, inspirados en la enseñanza de Domat y Pothier; la primera que considera requisito esencial del contrato y la segunda que declara sin valor legal alguno, la obligación sin causa o con una causa falsa o una ilícita. El fundamento de esta ponencia, se basa en que "no hay obligación sin causa, ella está en el interés recíproco de las partes o en la liberalidad de una de ellas"

Para la teoría clásica, la causa admite tres extensiones: a) doctrina clásica; b) doctrina moderna; c) nueva orientación de la jurisprudencia francesa.

1) Causa fuente. Planteada por la doctrina clásica, se refiere a la causa final, la impulsiva y la eficiente, de las cuales solo la final tiene que ver con la causa como elemento de validez de los contratos. Según esta doctrina para cada categoría de contratos una causa igual: para los bilaterales la contraprestación recíproca; para los unilaterales la libertad, y así para cada categoría de contrato, real, consensual, etc. La causa impulsiva, implica las razones o móviles muy personales que cada quien tiene para contratar, y la causa eficiente es en realidad un concepto relativo a la fuente de la obligación.

2) Causa fin. Formulada por la doctrina moderna, un exponente importante es Capitant, que ve la causa en el fin del contrato, que forma parte integrante de la manifestación de voluntad que crea la obligación. Resulta de ello que según

²⁸ CERVANTES Ortiz, Wilfredo "Manual de contratos" tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, pag.33.

Capitant, la causa deja de ser elemento en la formación del contrato y se transforma en un elemento de la ejecución del mismo.

3) Causa impulsiva o motivo. Constituida por las circunstancias, razones o móviles externos que impulsaron a las partes a la celebración del acto jurídico, móviles que pueden variar en cada caso específico.²⁹

En la actualidad la teoría neocausalista, la misma que no obstante existir diversos criterios y discrepancias sobre el particular, otorga a la causa un doble sentido: 1) como causa de la obligación y 2) como causa del contrato. Sintetiza su posición apuntalando el concepto de causa en el motivo que indujo a las partes a celebrar determinado acto jurídico, criterio en el que sustancialmente no se encuentra genuina diferencia con relación al concepto de la causa impulsiva o motivo, expuesta por la escuela clásica.

Por lo señalado, y porque ocurre frecuentemente que se confunda la causa con el objeto del contrato o el objeto de la obligación, ha surgido una nueva tendencia denominada anticausalista. Marcel Planiol, uno de los autores franceses que más se contraponen a la teoría de la causa, considera a esta falsa e inútil y explica en cada uno de los contratos la innecesariedad del elemento causa para la existencia de la obligación. En efecto, los anticausalistas creen que reunidos los elementos de capacidad, consentimiento y objeto, la obligación existe válidamente. Entonces, en resumidas cuentas, tenemos que la causa innecesariamente es considerada como un elemento de formación de los contratos jurídicos, debiendo ser excluida de ellos.

El Código Federal Suizo de las obligaciones ha abandonado completamente la necesidad de una causa lícita y real para las obligaciones; se limita a decir que su objeto no debe ser ni ilícito, ni contra las buenas costumbres. No se hace mención de la causa. El código civil alemán reglamenta la cuestión de la

²⁹ CERVANTES Ortiz, Wilfredo "Manual de contratos" tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 34-35.

misma manera. No alude a la necesidad de una causa para las obligaciones, en cambio que el Código Italiano que es fuente del código civil boliviano, solamente realiza una mención diferenciadora entre la causa lícita y el motivo lícito, conceptos que han sido recogidos en los arts. 489 y 490 del Código Civil Boliviano.

En contraposición a este criterio tenemos el neocausalismo objetivista (Scialoja, Betti, Ruggiero, Messineo, Carriotta Ferrara, Coviello) que señala la diferencia entre la voluntad y la finalidad del acto, y remarca que no hay relación necesaria entre ellas. La causa, para esta corriente debe ser apreciada externa y objetivamente, con total prescindencia del sentir de las partes.

A decir de Messineo, el contrato no puede dejar de tener una causa; esto, ante todo, en el sentido de que estructuralmente y en abstracto no se concibe un contrato sin causa, como no se lo concibe sin partes, o sin consentimiento, o sin objeto, o sin forma constitutiva. Pero el enunciado de que el contrato no puede dejar de tener una causa tiene también otro significado, referible al contrato en concreto, este es, en el sentido de que si las partes lo realizan sin una causa, es decir desviándolo de su función económico-social, el mismo es improductivo de efectos porque va dirigido a una finalidad distinta al que admite el ordenamiento jurídico. Esto se dice no en el sentido psicológico (según el cual, la causa, en sentido subjetivo, como motivo último no puede faltar nunca) sino en el sentido más propio, de que el ordenamiento jurídico no deja subsistir ninguna figura de contrato, si no responde a un determinado fin económico-social (causa final).

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

No se requiere la solemnidad para la existencia de un contrato de franquicia.

Una vez que los contratos existen, de acuerdo a los elementos mencionados anteriormente, se examina si gozan de ciertos requisitos para producir efectos jurídicos los cuales son:

Capacidad: En primer lugar, no hay que confundir la capacidad jurídica (es decir la aptitud de ser sujeto de derechos) de las partes. Esta capacidad cada sujeto la adquiere plenamente por el hecho mismo del nacimiento.

Distinta es la capacidad de "contraer" o contratar que lleva consigo cada uno de los sujetos de estipular por sí el contrato, sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras personas; y es una subespecie de la capacidad de obrar. De la capacidad de contratar, la ley hace un presupuesto tácito (de orden público) del contrato, como se deduce de las normas donde se prevé la incapacidad de contratar (art. 4 y 5 Cód. Civil Boliviano), la capacidad de obrar es un presupuesto de alcance mucho más amplio, que trasciende la materia contractual: quien es capaz de actuar es por regla general capaz de contratar.

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

Lesión: Constituye el perjuicio económico que sufre una de las partes contratantes en la celebración de un acto jurídico, debido a su negligencia, ignorancia o estado de necesidad que le impide actuar en plena libertad en la relación jurídica generada, situación que es aprovechada por la contraparte contratante.

Existen dos elementos en la lesión, el elemento objetivo que se traduce en el perjuicio material y económico que sufre una de las partes, y que excede de la mitad de la prestación ejecutada o prometida, y el elemento subjetivo representado por la ignorancia, inexperiencia, ligereza o necesidad apremiante que le impide actuar de manera plena y equitativa en el contrato. Esta figura se encuentra en el art. 561 del Código Civil Boliviano.

Forma: En el Código Civil Boliviano, art. 454 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.

En definitiva, todos estos elementos deben constar o idealmente deben conformar un contrato en términos generales.³⁰ El contrato de franquicia no puede estar ajeno a elementos de formación tan importantes como la capacidad, el objeto o el discutido elemento del consentimiento que debe ser libre, es decir sin la presencia de vicios, aunque en esta figura sea predominantemente un consentimiento por adhesión, es decir un contrato con cláusulas estándar donde el franquiciante impone la mayoría de condiciones y los franquiciados deben "tomarlo o dejarlo", siendo esta una forma de consentimiento no tradicional como el que ocurre en otros contratos donde el consentimiento surge por discusión de ambas partes de las cláusulas que componen el contrato.

Entonces habiendo visto los elementos de formación del contrato nos permitimos citar los elementos de fondo que creemos que son necesarios que se regulen para evitar ciertos abusos para el buen funcionamiento del sistema, claro está, sin coartar el principio de autonomía de la voluntad que es propia de este contrato.

Los elementos de forma que regulan el contrato de franquicia, éste posee los elementos típicos de cualquier contrato mercantil o comercial, por lo tanto no es obstáculo para incorporarlo a nuestra legislación contemplando sus particularidades y así convertirlo en un contrato típico. Por otro lado, cuando hablemos a continuación de los elementos de fondo originalmente la legislación boliviana no es propicia para que se asienten las franquicias en

³⁰ CERVANTES Ortiz, Wilfredo "Manual de contratos" tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, pag. 101,102.

nuestro territorio por motivo de la poca seguridad jurídica que se brindaba a este sector, por esto se considera regular lo siguiente:

3.1.2. Elementos De Fondo.

3.1.2.1. Concepto de Franquicia.

El primer elemento que se considera para ser regulado es el concepto de la franquicia, ya que existe una diversidad de conceptos con características similares. Se debe poner en claro qué concepto adoptaría el país sobre el tema en cuestión, se considera varios conceptos muy completos pero el que parece tener una claridad es el emitido por el código deontológico de la Federación Europea de la Franquicia que dice: *“La Franquicia es un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente independientes, el Franquiciador y sus Franquiciados, en la cual el Franquiciador otorga a sus Franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto del Franquiciador. El derecho otorgado autoriza y obliga al Franquiciado, a cambio de una contribución financiera directa o indirecta, a utilizar el distintivo y/o marca de productos y/o de servicios, el "saber hacer" y demás derechos de propiedad intelectual, sostenido por la prestación continua de asistencia comercial y/o técnica, dentro del marco y por la duración del contrato de Franquicia escrito, establecido entre las partes, a tal efecto.”*

A lo largo de diversas entrevistas en el mundo, muchos empresarios refirieron tener cierto tipo de conocimiento de lo que es el sistema comercial de la franquicia, aunque con una noción bastante reducida y limitada, con raras excepciones, por lo que resulta factible afirmar que una buena cantidad de empresarios particulares tienen una noción acertada de este sistema comercial, pero deficiente en lo que corresponde al conocimiento de elementos esenciales, de fondo y de forma y las particularidades de este modelo contractual, situación por la cual resultaría sumamente útil incluir

un concepto de tal forma que no existieran dudas sobre el criterio que se adopta de franquicia. La E.F.F (European Franchise Federation) se constituyó el 22 de septiembre de 1972. Sus miembros son asociaciones o federaciones nacionales de Franquiciadores de Europa. El objeto de la E.F.F. (European Franchise Federation) es, entre otros, el estudio objetivo y científico de la Franquicia en todos sus aspectos, la coordinación de las acciones de sus miembros, la promoción de la Franquicia en general y de los intereses de sus miembros en particular. Esta Federación elaboro el Código Deontológico Europeo de la Franquicia para reflejar la conducta que deben seguir los usuarios del sistema de franquicias en Europa³¹. A este concepto en la parte final lo que menciona la legislación brasileña que este contrato se efectúa "sin el establecimiento de ninguna relación laboral".

3.1.2.2. Derecho a la Información Previa.

Otro elemento que se considera para ser regulado es como lo proclamó la (AAFD) Asociación Estadounidense de Franquiciados y Distribuidores, el derecho a una información completa por parte del franquiciante. No solamente esta Asociación tomo en cuenta este aspecto sino también el grupo de estudio de la UNIDROIT que determinó que [...] "*había una clara mayoría a favor de limitar la ley modelo que preparaban a la revelación de información precontractual*" [...] "*debido a que uno de los mayores problemas en los casos de franchising era que el franquiciante no suministraba adecuada información con anterioridad al perfeccionamiento del contrato*" la legislación brasilera en la Ley N° 8955/94 que regula el contrato de franquicia en su Artículo 3 que dice: "*Siempre que el franquiciador esté interesado en la implementación de un sistema de franquicia, deberá proporcionar al franquiciado en potencial una Circular de Oferta de Franquicia, en un lenguaje escrito claro y accesible*".

Asimismo, la legislación Mexicana en su art. 142 de la Ley de Propiedad Industrial, el Decreto Real Español 2485/98, la Ley Francesa "Doubin" de 31 de

³¹ http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_apd.

diciembre de 1989 abarca principalmente el deber de información que se está tratando, además de la concesión de la explotación de una marca con exclusividad, entonces tenemos que estas legislaciones mencionan que para poder franquiciar el titular deberá proporcionar antes de la firma del contrato información completa sobre su negocio como existe en el caso brasileño, obviamente cada legislación posee sus particularidades, plazos distintos, diversos temas adicionales, etc., pero en esencia es el todos los cuerpos normativos mencionados, buscan que el futuro franquiciado posea toda la información posible para tener una decisión informada con respecto a la franquicia.

El documento que se pretende incorporar en la legislación boliviana como circular de oferta de franquicia podría contener los siguientes elementos:

a) Datos de identificación del franquiciador: Nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el Registro de comercio de Bolivia (FUNDEMPRESA). b) Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. 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. e) Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, la fecha de creación de la empresa, experiencia en el mercado, desarrollo de la red de franquicias. f) 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 "know-how" y de la asistencia técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha del negocio tipo. g) Estructura y extensión de la red

en Bolivia, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos establecidos en Bolivia, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operan bajo el régimen de sub-franquicia, y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en Bolivia en los dos últimos años, con las causas la extinción de la relación. h) 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. i) La falsedad u omisión de algún dato en la Circular de Oferta de Franquicia dará derecho al franquiciado de exigir la nulidad del contrato, a exigir del franquiciante el pago por los daños y perjuicios ocasionados. j) El contrato de franquicia debe constar por escrito. k) Sólo podrán ser materia de franquicias las marcas registradas y no aquellas que se encuentren en trámite. l) El franquiciante tiene que tener el negocio probado y haberlo explotado con un mínimo de dos años.

La incorporación de una normativa en la legislación obligará a los franquiciantes a ser responsables con los negocios que desean franquiciar, así como también con la veracidad de la información que proporcionan a los franquiciados potenciales. Se puede prevenir muchas situaciones conflictivas a futuro otorgando la circular de oferta de franquicia, dándoles la posibilidad a los franquiciados de contratar de manera informada y conscientes del negocio que pretenden efectuar en el país, además que se impide que se franquicien negocios basura, sin futuro que engañan a compradores de buena fe pensando que adquirieron un negocio rentable cuando la realidad es diferente. Se considera que el la institución idónea para regular sobre la circular de oferta de franquicia en Bolivia es FUNDEMPRESA que tiene el "propósito de brindar seguridad jurídica a todas las actividades empresariales. Otorga el certificado de nacimiento, existencia y defunción a las empresas". Una opción

viable es que se capacite a su personal para ampliar sus conocimientos sobre el tema específico de franquicias y poder llevar a cabo la función de registro de franquicias proporcionándoles además un formulario modelo estándar sobre circular de oferta de franquicia, que incorporarían a su “listado de trámites del registro de comercio” y además tendrían la función de certificar la información contenida en el registro de comercio sobre la franquicia pretendida a cualquier ciudadano que así lo solicite que ya se encuentra dentro de sus funciones.

3.1.2.3. Cláusula de No Competencia.

Otro elemento a regular es la cláusula de No Competencia del franquiciado durante y después de vencido el contrato. Esta cláusula significa la limitación al franquiciado para no comprometerse directa o indirectamente en algún negocio similar a la franquicia en el territorio en el cual explotaba la franquicia, o en un territorio donde competiría con otro miembro de la red de franquicia o con el franquiciador. Aquél puede normalmente ser sometido a esta obligación por un periodo de tiempo razonable después que el contrato haya llegado a su fin. El contrato debería pues establecer hasta qué punto se permite, o prohíbe, al sub-franquiciador comprometerse en actividades que compitan con el sistema de franquicia del que fue previamente parte. Esta cláusula normalmente está incluida tanto en los contratos de franquicia principal, como de sub-franquicia, siendo el principal propósito proteger el know-how y evitar que se perjudique la imagen de la red de franquicias. Su presencia en el contrato asegurará que el sub-franquiciador o sub-franquiciado no pueda utilizar el know-how del franquiciador sin permiso. No obstante convendría incorporar esta cláusula al concierto normativo por si no aparece en el contrato, así los dueños de franquicias tendrán una seguridad jurídica a la hora de franquiciar su negocio, evitando la posibilidad de que una vez terminada la relación o incluso durante la vigencia de la misma, el franquiciado utilice los conocimientos que se le proporciono como know-how,

manuales, etc., por lo menos en un plazo prudencial y en ciertos territorios estratégicos. Y por otra parte, el franquiciado tendría la seguridad que la ley le brinda de saber los plazos dentro de los cuales se le puede aplicar esta prohibición o restricción.

Así lo recogió el Art. 6 de la Ley Modelo sobre Divulgación de Información en materia de Franquicias de la UNIDROIT ³²en su numeral 2 inciso g: Las cláusulas de prohibición de competencia aplicables durante la vigencia o tras la extinción del contrato de franquicia; Este inciso precisa que el franquiciador debe revelar toda cláusula de no competencia aplicable tanto durante la duración del contrato de franquicia, como en la fase post-contractual. Las cláusulas de no competencia prohíben al franquiciado hacer competencia al franquiciador o a la red de franquicia, durante la duración de la franquicia (por ejemplo, el franquiciado puede no estar autorizado a tener acciones de una sociedad competidora o a desarrollar una actividad que haga competencia a la franquicia) como después de la extinción del contrato. Las cláusulas de no competencia que se mantienen después de finalizado el contrato de franquicia deben precisar la duración de sus efectos (por ejemplo, el franquiciado no está autorizado a participar en una actividad que haga competencia a la franquicia durante dos años a partir de la fecha en la cual el contrato finalizó) y pueden también precisar el territorio sobre el cual se aplican territorio de exclusividad del antiguo franquiciado o, por ejemplo, radio de determinados kilómetros en torno a las franquicias que pertenecen a la red).

Con esta regulación se pretende dar un poco de equilibrio a la legislación para no convertirla en una normativa proteccionista hacia el empresario nacional, sino también asegurando el interés del franquiciante extranjero como también el franquiciante nacional, para que el "Know-how" y/o negocio en general tenga protección legal incluso si es que no se pacta en el contrato de franquicia. Además en el caso que exista en un contrato de franquicia una

³² INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), "Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional", Roma 2005, pag. 170.

cláusula de no competencia excesivamente proteccionista o con restricciones exageradas esta normativa puede limitar esto restableciendo a parámetros normales de restricción sobre la cláusula de no competencia.

En el estudio que se está manejando la cláusula de no competencia que se propone debe tener por lo menos estos parámetros:

La cláusula de no competencia debe a) Ser esencial para la protección de los intereses legítimos de la empresa (en términos de las funciones desempeñadas por el trabajador y su campo de actividad, el ejercicio de limitación de actividad, etc.), b) Estar limitada en el tiempo (normalmente no más de dos años) y en el territorio (generalmente la obligación de no competencia se aplica al territorio nacional, salvo cuando la actividad de la empresa sea tan específico que puede ser ejercido sólo en algunas partes del mundo), c) Incluir una contrapartida económica. En caso de incumplimiento de las partes.³³

3.1.2.4. Idioma.

Otro elemento a regular sería el idioma del contrato de franquicia, tomando en cuenta que en el caso de contratos de franquicia internacional, como en el de cualquier otro contrato internacional, la cuestión del idioma y estilo en que debería redactarse será un asunto de importancia. Así lo aceptó UNIDROIT en la Ley modelo sobre la Divulgación de la Información en Materia de Franquicia. Sin embargo, no es extraño que los franquiciantes sean reacios a aceptar que sus contratos estándar puedan diferir dependiendo del país en que estén operando.

El sentido común parecería dictar que los contratos deberían redactarse en el estilo e idioma del país en que van a cumplirse, pues ése es el país en el cual es probable que surtan conflictos y en el que van a decidirse.

³³ <http://ginkocarreras.blogspot.com/2008/07/laclausuladenocompetencia.html> fecha de consulta 02/012/12.

Pero generalmente no ocurre esto, por lo que una opción es adoptar diferentes enfoques para el contrato de franquicia principal y los contratos de sub-franquicia. En este caso el contrato de franquicia principal se ajustará más estrictamente a lo que el franquiciador considera esencial en términos de idioma, derecho aplicable y técnica de redacción, mientras los contratos de sub-franquicia, que después de todo son contratos entre el sub-franquiciador y los sub-franquiciados, se ajustarán en cambio a las exigencias nacionales.

En una mayoría de relaciones de franquicia principal internacional el idioma del país del franquiciador es diferente de aquél del país del franquiciado. El idioma de los contratos, así como de cualesquiera documentos colaterales, es por tanto una cuestión crítica y con frecuencia delicada. En algunos países es incluso una cuestión legal, pues los contratos han de estar en el idioma nacional para ser válidos. Como mínimo, una traducción oficial del contrato al idioma nacional debe adjuntarse al contrato original cuando éste esté en el idioma del franquiciador. Esto es especialmente importante en países en los cuales los contratos deben registrarse ante las autoridades públicas, pues el registro puede no ser posible si el contrato no está en el idioma nacional. En tales casos puede ser aconsejable para las partes ponerse de acuerdo sobre qué idioma debería prevalecer en caso de controversia, pues pueden existir discrepancias lingüísticas entre las dos versiones. Se debería no obstante tener presente que los tribunales del país del franquiciado pueden no estar capacitados, o autorizados, para tomar en consideración la versión en el idioma extranjero a la hora de llegar a una decisión. En Bolivia, el contrato debe contar con una traducción realizada por un traductor oficial que está disponible en las cortes de justicia de cada distrito. O también se puede acudir al traductor de cada embajada dependiendo del requerimiento del idioma para que pueda ser reconocido por los notarios de fe pública. Por lo tanto no está demás incluir este tema a la legislación así se tiene claro que cualquier contrato que este en idioma extranjero deberá contar con una traducción oficial para poder ser validados o registrados.

Es por tanto una buena práctica de negocios que toda documentación, incluyendo los manuales, esté también en el idioma del franquiciado, a fin de evitar malentendidos. La responsabilidad de la traducción de la documentación puede variar en cada caso. En muchos casos será el franquiciado quien será requerido primero para traducir la documentación a su propio cargo y presentarla de vuelta después al franquiciante. En caso de discrepancia prevalecerá normalmente el documento del franquiciante, a condición de que sea ejecutable en el país del franquiciado. Las exigencias idiomáticas aplicables a contratos colaterales o auxiliares variarán dependiendo del país y del tipo de contrato.

3.1.2.5. Obligación de Compra Exclusiva.

Otro elemento a regular sería el suministro de equipos, productos y materias primas utilizadas para la elaboración del objeto de la franquicia, que de manera exclusiva el franquiciado debe comprar al franquiciante para guardar cierta calidad exigida por este último. Los franquiciados generalmente necesitarán diferentes productos o servicios, que son distintivos del sistema de franquicia y que pudieran estar protegidos por las leyes de propiedad intelectual. Estos productos o servicios son normalmente los que se ofrecen para su venta a los clientes de los sub-franquiciados. En segundo lugar, necesitarán una amplia variedad de otros productos y servicios, así como equipo, que son esenciales para la dirección de sus operaciones. Estos productos, servicios y artículos de equipo se utilizan por los propios franquiciados y no se revenden a sus clientes.³⁴

UNIDROIT en su "Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional" en su capítulo 9 (suministro de equipos, productos y servicios) tiene especificado en lo relativo al suministro por el franquiciante, que ya sea directamente, o a través del sub-franquiciador de productos o servicios que

³⁴ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DE DERECHO PRIVADO (UNIDROIT) "Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional" Roma, 2005, p.108, 110.

son únicos al sistema franquiciado, puede ofrecer algunas ventajas. En primer lugar, el mantenimiento de los estándares de calidad necesarios puede estar asegurado si los artículos se suministran por el franquiciador, en vez de ser suministrados por un contratista independiente. La uniformidad resultante en los productos o servicios ofrecidos es importante para el mantenimiento de la integridad del sistema de franquicia en conjunto. Los franquiciantes podrán poner sus productos a disposición de los franquiciados y recomendarles por todos los medios que se los compren, pero no podrán exigirles que lo hagan usando la fuerza, salvo que hayan utilizado alguna técnica contractual para controlar la calidad del producto franquiciado.

En este punto cabe mencionar que para que el franquiciado tenga un margen de utilidad y la franquicia pueda ser rentable en Bolivia, se recomienda que el franquiciante se flexibilice en lo que se refiere a la compra exclusiva, dejando que ciertos productos se puedan adquirir en el mercado nacional, como por ejemplo el caso Burger King Bolivia donde "la proporción entre insumos nacionales e importados es de 60 % nacionales y 40 % importados" continuando con el ejemplo si hablamos en cifras Burger King Bolivia dinamiza el mercado de tal manera que produce "empleo directo a 320 personas e indirecto a otras 300 como fruto del relacionamiento comercial con los proveedores locales de sus principales insumos donde la cantidad de requerimiento anual de carne es de 160 toneladas, de pollo 80 toneladas, de pan 1.500.000 unidades, de queso 16 toneladas, de papa 265 toneladas, etc".

El instituto de la UNIDROIT en su guía para acuerdos de franquicia sugiere que los productos que se adquieren de otra fuente que no sea el franquiciante, sean aprobados por éste, sin comprometer la calidad y el nombre de la franquicia, empero a menor costo favoreciendo la rentabilidad y el funcionamiento eficiente de la franquicia en Bolivia.

Existen algunas opciones donde el franquiciado puede tener un poco más de libertad como: a) Elección de distribuidor: si el producto proveído es de

primordial importancia para el negocio franquiciado, sobre todo cuando se trata de decisiones personales de sabor, entonces el franquiciante puede nombrar a un proveedor al que el franquiciado deberá comprar sus productos.

b) Consentimiento del proveedor: si el producto implica un control menos estricto sobre el proveedor o está más abierto a una evaluación personal, entonces el franquiciante puede optar por elaborar una lista de los posibles proveedores en la cual cada franquiciado podrá escoger el que más le convenga.

c) Declaración de las especificaciones: este se utiliza cuando no se requiere un análisis personal o cuando es posible encausar a los franquiciados por medio de directrices estrictas para que compren a cualquier proveedor cuyos productos o servicios cumplan determinadas exigencias.

3.1.2.6. Cláusulas Abusivas.

Otro tema que se debe regular del contrato de franquicia son las llamadas cláusulas abusivas, vejatorias o leoninas, expresiones utilizadas para denotar el desequilibrio significativo, excesivo, sustancial y no justificado respecto a los derechos y obligaciones de una de las partes y en menoscabo, detrimento o perjuicio del otro.³⁵ Larroumet, expresa que [...] lo que caracteriza la cláusula abusiva es la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra. El análisis comparativo de la situación de ambas partes no debe ser cuantitativo sino cualitativo. De hecho, un análisis de tipo cuantitativo se acercaría a la lesión, la cual, como sabemos, no es admitida más que en forma muy restringida por la mayoría de los sistemas jurídicos [...] El análisis cualitativo del conjunto de los derechos y obligaciones generados por el contrato supone que se compare la cláusula que una parte pretende abusiva, con el conjunto de los derechos y obligaciones generados por el contrato en beneficio y en detrimento de cada una de las partes contratantes. De hecho, una cláusula aisladamente contemplada no puede ser abusiva, de una

³⁵ NAMÉN Vargas, William "Las cláusulas abusivas" en "Revista de Derecho Comparado" cláusulas abusivas II, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 183.

manera abstracta. Podrá aparecer como tal solo después de un análisis del conjunto de las disposiciones del contrato en el que está estipulada.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo de Comunidades Europeas, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en su Art. 3, nos dice: *“Una cláusula predispuesta es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes”*

En la normativa española figura el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores usuarios, empresarios, y otras leyes complementarias, cuyo art. 82 contiene el concepto de cláusulas abusivas nos que dice *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del empresario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*³⁶.

En la legislación comparada encontramos un control abierto o general y particular de las cláusulas abusivas, siendo tan variadas las formas en las que se pueden presentar este tipo de cláusulas que no basta con elaborar un listado de ellas como es el caso de las cláusulas particulares. Las cláusulas abusivas son variadas y cambiantes, sin embargo, un listado nos puede resultar útil, y en algunos casos insuficientes, en el entendido de que una cláusula deberá considerarse abusiva o no, en función a las circunstancias del contrato y al sentido que de ella resulte, integrada a las demás cláusulas incluidas en el contrato, como es el caso de las cláusulas abiertas.

3.1.2.6.1. Cláusulas Abusivas Abiertas o Generales.

³⁶ LARROUMET, Christian "La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en derecho comunitario europeo y en derecho francés", en "Política y Derecho del Consumo", Bogotá, Biblioteca Millennium, Ed. "El Navegante" 1998, pag. 175,176.

Cuando del análisis de cada una de las cláusulas de un contrato con relación a las demás o de la combinación de las mismas, resulte en detrimento del empresario un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, estamos ante una cláusula abierta. Al no especificar un acto concreto, como es el caso de la cláusula particular, tiene la ventaja de abarcar un sin fin de situaciones abusivas que pueden modelar en los contratos y que sin estar expresamente señaladas en ellos, están implícitamente presentes al realizar un estudio conjunto de todas las cláusulas del contrato, relacionadas entre sí.

Un ejemplo de cláusula abierta lo encontramos en el art. 3 párrafo primero de la Directiva 93/13 del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 5 de abril de 1993, que en su texto nos dice: *"Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. 2.-Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el interesado no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión"*³⁷.

Una cláusula abusiva abierta es aquella que infringe el principio de la buena fe en el trato previo de la celebración del contrato, durante el mismo y en su ejecución.

Así, mediante cláusulas abiertas que se constituyen en verdaderas normas interpretativas podrá calificarse una cláusula o conjunto de cláusulas como abusivas, en consideración a todas las circunstancias del contrato y al contenido del mismo en el momento de su celebración.

3.1.2.6.2. Cláusulas Abusivas en Particular.

³⁷ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ver, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/>.

En las diferentes legislaciones tenemos largas listas de ejemplos de cláusulas abusivas, pero en la legislación española tenemos una lista más general que da las pautas de las cláusulas abusivas que se pueden encontrar en los diferentes contratos y más frecuentemente en los contratos de adhesión ya que estos últimos son los más propensos a caer en este tipo de prácticas. Las cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- a) Vincular en el contrato a la voluntad del empresario,
- b) Limitar los derechos del franquiciado,
- c) Determinar la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) Imponer al franquiciado garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o ontravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Una de las cláusulas frecuentemente utilizadas en los contratos por adhesión es aquella que limita o anula la responsabilidad del franquiciante.

Es aconsejable que además, en todo contrato de franquicia se incluya una cláusula que establezca las bases de un procedimiento que tenga por objetivo el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, cuando se presenten circunstancias imprevisibles o circunstancias no imputables a las partes. Un principio general de buena fe contractual, exige que los contratos reconozcan los derechos de quienes han contratado, manteniendo un equilibrio de recíprocas prestaciones, lo cual se logra protegiendo el resultado económico que perseguían los contratantes. Para que se configure esta situación, es necesario que los acontecimientos que la causan sean anormales o imprevisibles y hayan alterado transitoriamente el cumplimiento del contrato haciéndolo excesivamente oneroso.

Es importante mencionar que la mayoría de empresarios inmersos en el contrato de franquicia, piensan que en sus contratos si se encontraban cláusulas abusivas, empero las llamaron clausulas "duras". Por este motivo es muy importante que en el capítulo sobre franquicias que se promueve incluir en el Código de Comercio, se incorpore una restricción a las cláusulas abusivas tomando en cuenta los dos tipos de éstas antes descritos, pudiendo tomar como guía lo que está consagrado en la legislación española al respecto.

La legislación que se pretende introducir podría tener lo siguiente:

I. Las cláusulas que se pacten en el contrato de franquicia, se consideraran abusivas y no surtirán efectos jurídicos, si tienen por objeto o por efecto:

a) Vincular el contrato a la voluntad del franquiciante.

b) Limitar los derechos del franquiciado, como derecho a usar la marca, emblema, signos distintivos etc., tomar conocimiento de las técnicas, procedimientos o ideas propias del negocio; y, el derecho a gozar de la ayuda y de los servicios que regularmente debe prestarle el franquiciante.

c) Determinar la falta de reciprocidad en el contrato,

d) Imponer al franquiciado garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) Contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.³⁸

II. Cuando del análisis de cada una de las cláusulas de un contrato con relación a las demás o de la combinación de las mismas, resulte en detrimento del empresario un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones

³⁸ JIMÉNEZ Mariscal, Salvador "El contrato de franquicia" La Mancha 1998, Universidad de Castilla

de las partes que se derivan del contrato, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

A estos efectos, el Juez o tribunal que declare la nulidad de dichas cláusulas modulará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el empresario.

III. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

3.1.2.7. Renovación de La Franquicia.

Otro elemento a regular sería el derecho a renovar el contrato. La Asociación Estadounidense de franquiciados y distribuidores (AAFD), uno de los derechos que defiende es la posibilidad de renovar la franquicia y el derecho para no enfrentar la terminación, a no ser que exista una causa para ello. Estos derechos son concordantes con el derecho recíproco de terminar el contrato de franquicia por una causa razonable y justa.

En Estados Unidos existe una normativa que dice que debe existir una justa causa (good cause, just cause o adequate grounds) para dar por terminada la relación comercial. Se consideran justas las siguientes causas:

- a) Incumplimiento por parte del franquiciado de una disposición contractual que sea de razonable y significativa importancia para la relación de franquicia;
- b) La no realización de esfuerzos de buena fe para cumplir las provisiones de la franquicia;
- c) El acontecimiento de un hecho relevante para la relación de franquicia como resultado de la cual la terminación o falta de renovación sea razonable;

d) Un acuerdo mutuo entre franquiciante y franquiciado para terminar la franquicia o no renovarla.

Algunas leyes estatales en los Estados Unidos prescriben que la falta de acuerdo respecto a cambios en la franquicia planteados por el franquiciante al momento de su renovación, es causal de cancelación anticipada con derecho a indemnización, salvo que la determinación del otorgante respecto a los cambios propuestos haya sido efectuada en el curso ordinario de los negocios y de buena fe.

La renovación del término del contrato de franquicia principal, de ser posible, está sometida comúnmente al cumplimiento de ciertas condiciones. Estas condiciones incluyen algunas o todas las siguientes:

a) Que el franquiciado no se encuentre en incumplimiento de una obligación sustancial al tiempo de la renovación, independientemente de la subsanación o no de dicho incumplimiento, y que el franquiciado haya observado y cumplido sustancialmente sus obligaciones durante el término del contrato de franquicia principal;

b) Que el franquiciado no tenga ninguna deuda monetaria al tiempo de la renovación;

c) Que el franquiciado firme una renuncia general de cualesquiera reclamaciones que pueda tener contra el franquiciador;

d) Que el franquiciado informe al franquiciante de su intención de renovación del contrato en la manera prescrita y dentro de un periodo de tiempo establecido previo a la expiración del término del contrato de franquicia principal.

Una condición para la renovación de un contrato de franquicia nacional será a menudo que el franquiciado acepte celebrar el contrato del franquiciante que se encuentre vigente al tiempo de la renovación. Más que una renovación

del contrato, se tratará en otras palabras de celebrar un nuevo contrato, aun pudiendo concedérsele al franquiciado un cierto trato preferente, porque puede no tener que pagar una segunda cuota de entrada.

Los franquiciadores que se basan en su experiencia nacional pueden por lo tanto no solo insistir en que el término de la franquicia principal sea de corta duración, pueden también insistir en que se le dé al franquiciado el derecho a renovar el contrato por un término o términos adicionales sólo a condición de que firme la fórmula entonces vigente de contrato de franquicia principal internacional.

Los contratos internacionales de franquicia principal son además normalmente negociados, con la consecuencia de que podría no ser realista exigir que el franquiciado en la renovación firme la fórmula entonces vigente del franquiciador de contrato internacional de franquicia principal. Además, existen situaciones en que no se modifican disposiciones particulares del contrato, tales como aquellas relativas a las cuotas periódicas o al territorio. Internacionalmente, lo más común en la práctica es que se otorguen garantías de que ciertos temas fundamentales no cambiarán bajo ninguna circunstancia.

Otras condiciones que algunas veces se estipulan incluyen una obligación por parte del franquiciado de pagar una cuota de renovación de la franquicia principal la cual puede ser una suma específica o puede basarse en una fórmula, y una obligación por parte del franquiciado de exigir a todos los sub-franquiciados que mantengan, renueven y remodelen las instalaciones individuales de franquicia que dirijan.

Lo que se pretende, es que como ocurre en EE.UU., se pueda renovar o prorrogar la franquicia de forma que sea asequible y eficiente. Para esto se requiere que se incorpore al capítulo que se intenta anexar al Código de Comercio de Bolivia este aspecto, en el cual se tomaran en cuenta los parámetros referidos. Así, la legislación deberá incorporar que se renovará el

contrato de franquicia, si se cumplieron ciertas condiciones, de lo contrario, si por ejemplo existen faltas graves, se procederá a la terminación de la relación.

3.1.2.8. La Ley y Foro Aplicable en Contratos de Franquicia Internacional.

Según la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D.F., el 17 de marzo de 1994, del cual Bolivia es país signatario, dice que: *“se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte”*.

Esta Convención determina cómo se manejará el tema en cuestión sobre la ley aplicable a los contratos internacionales. Recordemos que el contrato de franquicia puede ser tanto nacional como internacional; sin embargo, la cuestión en cuanto a los contratos de franquicia nacional, no hay discusión respecto al derecho o ley que se aplicará, ni al foro o jueces competentes que resolverán las controversias que puedan surgir, pues se aplica la ley nacional y las controversias, a falta de prescripción en contrario, las resuelven los jueces de la justicia ordinaria.

La cuestión ahora en cuanto a los contratos internacionales tenemos a la convención de México que en el art. 7 nos dice que:

“El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

Asimismo el convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de Roma de 1980 en su art. 3 (libertad de elección) nos dice que *“los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”*.

Un tema importante es el de la situación en que las partes no hayan elegido un derecho aplicable al contrato que están suscribiendo, la Convención de México 1994 en su Art. 9 nos dice: *“Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”*

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.³⁹

Asimismo, en el convenio de Roma 1980 en su art. 4 dice que la ley aplicable a falta de elección es *“conforme a las disposiciones del art 3, el contrato se regirá por la ley del país con que presente los vínculos más estrechos”*.

3.1.2.8.1. Foro Aplicable.

Otra de las cuestiones a regular son las cláusulas de sumisión a la jurisdicción de los tribunales situados en un determinado lugar. Dicha cláusula supondrá que

³⁹ CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES, México, D.F., 17 de marzo de 1994, ver: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b56.html> fecha de consulta 21 de diciembre de 2012.

los tribunales designados serán los únicos competentes para conocer de las controversias o lucha de intereses que surjan en el seno de la relación negocial existente. Y ello llevará consigo, la renuncia expresa a la jurisdicción que a cualquiera de las partes le corresponda siempre que no coincida con la estipulada en el contrato.

En materia de jurisdicción internacional contractual tenemos el Protocolo de Buenos Aires, sancionado en el ámbito del Mercosur el 18 de agosto de 1994, de donde emana la necesidad de armonizar las reglas de jurisdicción internacional de los estados miembros. Las condiciones de aplicación del régimen sobre jurisdicción del protocolo son, que los contratos sobre los cuales versen las controversias sean de naturaleza civil o comercial, y que las personas, físicas o jurídicas, tengan su domicilio o sede social en diferentes estados parte del Mercosur o bien por lo menos una sola de ellas tenga su domicilio en uno de los estados miembros, exista un acuerdo de prórroga de jurisdicción a favor de un juez de un estado parte y una conexión razonable entre la jurisdicción pactada y las diversas prestaciones del contrato, siendo destacable el concepto de conexión razonable ya que con él se puede evitar el fórum shopping.

De este modo no se pretende menoscabar la capacidad de las partes para pactar la jurisdicción aplicable, sino que esta sea coherente con la propia realidad jurídica.

Quedan excluidos los contratos laborales, administrativos, los de venta al consumidor, los acuerdos de familia y régimen sucesorio, los derechos reales, los contratos de seguros, y otros regímenes especiales.

Las partes pueden pactar la jurisdicción competente, siempre teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del protocolo teniendo las siguientes características:

Voluntarias

Las partes pueden elegir la jurisdicción al momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o bien al momento de conflicto. Así mismo se considerara prorrogada la jurisdicción cuando el demandado en una acción judicial promovida en tribunal de un estado parte, la admita en forma expresa y voluntaria.

La jurisdicción puede ser prorrogada a favor de tribunales arbitrales. Los acuerdos de prórroga de jurisdicción no serán válidos si fueron obtenidos en forma abusiva por una de las partes. Como requisito procesal que el tribunal elegido por las partes pertenezca a uno de los estados miembros y que se asuma la jurisdicción de acuerdo al protocolo.

Subsidiaria

Sirve para determinar la jurisdicción en caso de silencio de las partes y por otro lado sirven para evaluar la razonabilidad de la prórroga pactada por ellas. Los supuestos para determinar la jurisdicción son:

El actor puede elegir entre el lugar de cumplimiento del contrato, en función de la obligación que sirve de base para la demanda, y el domicilio del demandado o el suyo propio, cuando demostrare el cumplimiento de la obligación a su cargo.

En los contratos que impliquen la prestación de servicios, si estos recaen sobre cosas, el lugar de cumplimiento de la obligación será aquél donde se hallaren las cosas al momento de celebración del contrato, pero si el cumplimiento se relaciona con algún lugar especial, deberá hacerse donde se produzcan sus efectos propios.

Tratándose de personas físicas se entiende por domicilio su residencia habitual, en su defecto donde tuviere el asiento principal de sus negocios, y en ausencia de ambos, la simple residencia.

Tratándose de personas jurídicas, se accionara donde se encuentra la sede principal de la administración. En caso de tener distintas sedes o sucursales para todo lo concerniente a operaciones locales quedarán sujetas a la propia jurisdicción local sin perderse el derecho de accionar ante el foro de la administración principal.

En cuanto a la elección del foro en los contratos internacionales tenemos una guía que es el Convenio de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre Acuerdos de Elección de Foro hecho el 30 de junio de 2005, que promueve el comercio y las inversiones internacionales mediante el fortalecimiento de la cooperación judicial. En su art. 3 sobre acuerdos exclusivos de elección de foro que dice que *"...significa un acuerdo celebrado por dos o más partes que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribuna...!"* que debe ser exclusivo y por escrito o que se tenga una prueba fehaciente de ulterior consulta que se designó dicho tribunal.

Estos tribunales designados en un acuerdo exclusivo de elección de foro, serán competentes para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo, salvo que el acuerdo sea nulo según la ley de ese Estado, no pudiendo declinar el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio.⁴⁰

La legislación que se pretende incluir no podría coartar el principio de la voluntad contractual sobre la ley y foro que las partes prefieran aplicar a su relación contractual para resolver sus conflictos, empero en caso que no se convenga nada al respecto la ley podría suplir este vacío sometiénolo

⁴⁰ CONVENIO DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, sobre Acuerdos de elección de Foro, 30 de junio de 2005.

automáticamente a la jurisdicción nacional salvo pacto en contrario por supuesto o también exista un acuerdo de arbitraje.

Tomando en cuenta estos capítulos, la presente investigación busca sugerir ciertos lineamientos jurídicos básicos a fin de que se incorpore en la legislación boliviana el contrato de franquicia, con el objetivo de brindar la seguridad jurídica necesaria para proteger tanto a franquiciantes como a franquiciados. Además tendríamos el efecto beneficioso que cuando se realice un contrato de esta naturaleza, se tenga el marco legal necesario y la certeza de que la franquicia que se adquiere o transfiere, cumplen con todos los parámetros legales sintonizados con la tendencias actuales de concierto mundial. Por todo lo mencionado, veremos fortalecido el actual Código de Comercio boliviano, al agregar un capítulo específico que regule el contrato de franquicia.

CAPÍTULO IV

LA SEGURIDAD JURÍDICA

4.1. CONCEPTO.

Dada la naturaleza del hombre, resulta indispensable su convivencia pacífica y organizada, así como conservarla, mejorarla y proyectarla al futuro. Surge en consecuencia la necesidad de establecer un ordenamiento social que la garantice, la preserve y la proyecte en el tiempo y espacio. Desde ese ordenamiento general se desprende el ordenamiento jurídico que establece el principio de sacrificar en parte y en forma equitativa los

derechos individuales en pro del interés general. El mantenimiento pacífico de ese ordenamiento vinculante en la sociedad es la seguridad jurídica.

En toda sociedad la seguridad jurídica tuvo, tiene y seguirá teniendo una gran importancia. En la actualidad y en virtud de la apertura económica mundial y de la llamada globalización, su ausencia repercute directamente sobre el bienestar material y económico de todos sus miembros, no solo, como sucedía anteriormente en el aspecto moral, al crear un descontento colectivo, sino además en el aspecto económico, debido a que la falta de seguridad jurídica implica total desigualdad.

La seguridad jurídica ha pasado de ser solamente un principio doctrinal a un elemento que incide directamente en el desarrollo de la población. Este elemento surge con el estado de derecho, debido a que únicamente en el existe un verdadero sistema de legalidad y legitimación, basado en una constitución democrática, donde puede hablarse de seguridad jurídica.

En estos estados el derecho surge de una discusión racional, y se plasma en una ley o jurisprudencia, por las cuales el ciudadano disfrutará de sus libertades civiles y el propio estado quedara constituido como el protector de las mismas.

Así la legalidad y legitimación se constituyen en la base sobre la cual se desarrollará la seguridad jurídica, sobre la cual se ofrece al ciudadano un instrumento dotado y revestido de certeza suficiente, que asegure su confianza.

El estado de derecho y la seguridad jurídica, tenderán a satisfacer las garantías del orden público y de la previsibilidad de las expectativas de comportamientos y consecuencias jurídicas de las acciones.

4.2. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LOS CONTRATOS .

La seguridad jurídica como un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, a su vez, la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos.

4.2.1 Contratos Públicos y Contratos Privados.

El entorno legal, la seguridad jurídica, las reglas claras y la independencia de las instituciones son elementos que todo inversionista evalúa para medir el clima de negocios en un país y decidir invertir en el mismo.

El Estado, como garante del respeto al Estado de derecho, es el llamado a cumplir con todos los compromisos que adquiere de forma contractual con cualquier inversionista, sea este nacional o extranjero, ya que los acuerdos entre las partes son ley para ambos, y de obligatorio cumplimiento. Es necesario que esta política de Estado, enmarcada en una agenda de competitividad y basada en principios de legalidad, institucionalidad, transparencia y eficiencia en el uso de los recursos garantice los mejores resultados para el país.

4.3. EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.

La seguridad jurídica es un concepto del que se habla en los ambientes políticos y económicos de los países que reciben y generan inversiones extranjeras.

Los países que reciben empresas inversoras procuran dar garantías a éstas de que sus derechos serán protegidos conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Los gobiernos del país al que esas empresas pertenecen, naturalmente, siguen con especial interés ese proceso de interrelación económica.

Si el país receptor de las inversiones conculca la seguridad jurídica con actos que pueden ser calificados como actos sorpresivos, ilegales o arbitrarios, predominantemente vinculados con razones políticas coyunturales, todo el proceso inversor queda en entredicho y en riesgo.

4.4. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN BOLIVIA.

De la lectura de la Constitución Política del Estado Boliviano, surgen las limitaciones que se impone el propio estado para asegurar la defensa y las libertades del hombre.

Nuestra constitución no solo reconoce como principios y garantías los enumerados en su texto, sino que además establece que estos no deben ser entendidos como negación de otros derechos y garantías que no se encuentren en la constitución, pero que nacen de la soberanía del pueblo, no obstante, la notable crisis de seguridad jurídica que se vive actualmente en nuestro país, es consecuencia de múltiples factores, entre los cuales resulta determinante el sentimiento de desamparo de la sociedad por la falta de aplicación de las leyes.

En ese entendido es el Estado el llamado a revertir este sentimiento adverso a través de prudentes líneas políticas y el ordenamiento jurídico, afianzando el orden y la seguridad jurídica que son los pilares de la pacífica convivencia social. En un estado de derecho, la autoridad esta obligada a asegurar al individuo que su persona, sus bienes, y sus instituciones no serán objeto de arbitrariedades y que el quebrantamiento a estas garantías no quedaran en la impunidad bajo ninguna circunstancia.

Bolivia es un país que necesita inversiones, pero más que nada de reputación, en la medida en la que pueda asegurar estabilidad y seguridad jurídica en todos sus órdenes, aceptando y respetando las normas dentro de la dinámica del derecho.

La seguridad jurídica es un principio y un valor del derecho, garantizarla es una función específica de los Estados y en esencia aquella motivación para constituirlos.

CAPÍTULO V

PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DE FRANQUICIA EN BOLIVIA

5.1. IMPORTANCIA DE LA FRANQUICIA EN BOLIVIA.

El interesante negocio que representa la franquicia ha posibilitado la consolidación de negocios productivos, prevaleciendo en especial el de la comida rápida, implementando diversas cadenas de restaurantes en nuestro

país. Este tipo de negocios permitió a los nuevos empresarios del sector elevar sus estándares de servicio al cliente de todo el sector en general. La incursión, hace mas diez años de dos de las principales empresas de comida rápida McDonald's y Burger King abrieron el camino en la gestión de los negocios y la imagen de las nuevas empresas.

La llegada de las franquicias al mercado de Bolivia ha ofrecido un nuevo punto de vista a la hora de hacer negocios en el país, siendo los mencionados anteriormente los que permitieron a los nuevos empresarios del sector elevar sus estándares de servicio al cliente.

Las franquicias en Bolivia son una alternativa que crece en las inversiones del sector financiero en el país, debido a que cada negocio es diferente y las empresas que invierten en cadenas de restaurantes, confiterías o heladerías se abren paso en un mercado de servicios alimenticios que siempre muestra un interés en lo novedoso.

En ese entendido, se debe tomar en cuenta que cuando ingresan operadores o franquicias internacionales que son muy experimentadas en este negocio, a nuestro país, elevan los estándares de servicios, por lo que las cadenas locales, adoptan la forma de negocio de las franquicias internacionales, adaptándose a las características de las franquicias. Como ejemplo la terminología "combo", que hoy está en cualquier oferta de comida local.

Actualmente en Bolivia, las iniciativas de cadenas de restaurantes de comida rápida, de heladerías o de pastelerías, entre otros, surgen de emprendedores familiares que se apoyan en créditos bancarios y capitales independientes.

La franquicia es un negocio que ofrece una identidad corporativa definida y de prestigio; capacidad de disminución del margen de error o riesgo; una estandarización de calidad en los productos ofertados; y una asistencia técnica y estrategias de comunicación.

La imagen y credibilidad de las empresas, junto a la calidad del servicio y una buena lectura de las características del mercado local son la base de las franquicias.

El negocio de la comida local en el país se ha desarrollado de manera progresiva en los últimos años. Existen varias marcas que han mejorado y diversificado sus productos orientándolos a públicos diferentes. Otro punto para las empresas del sector es la inversión realizada. La inversión en las franquicias internacionales es mucho mayor que la realizada en una cadena local de restaurantes. Entre las franquicias de comida rápida en Bolivia encontramos a Bolivian Foods, que opera con la marca Burger King desde su entrada en este país. Sus sucursales en el país tienen convenios con otras empresas nacionales para la provisión de productos, lo que permitió el desarrollo de la empresa nacional y el incremento de fuentes de trabajo, tomando en cuenta que alrededor de 350 personas están empleadas en sus 7 franquicias. Bolivian Foods tiene 4 locales de Burger King en La Paz, 2 en Santa Cruz y 1 en Cochabamba.

De igual manera, con una presencia de ocho años en el mercado paceño, la franquicia Planet Pizza Express cuenta con 5 sucursales en la ciudad de La Paz que funcionan bajo esta modalidad.

5.2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Ante la ausencia de preceptos legales que regulen el ámbito de las franquicias, es lógico y normal que se susciten algunos conflictos entre las partes que muchas veces terminan en grandes controversias legales.

Al presente es de uso frecuente y recomendable que en el caso de presentarse una controversia sobre franquicias, la decisión de dicho conflicto se coloque en manos de expertos. En los contratos de Franquicia, el

compromiso arbitral se expresa a través de una o más cláusulas. Las partes pueden libremente convenir en sus términos e, inclusive, señalar a organismos especializados para que cumplan la tarea arbitral. Así también, ante la posibilidad de discrepancias jurídicas entre las partes, el contrato de franquicia debe contener la denominada Cláusula Compromisoria por la cual las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del contrato será resuelto mediante Conciliación y/o Arbitraje administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de preferencia de las partes.

Cuando se trata de contratos que involucren elementos internacionales (como sería el caso de franquicias en las que el franquiciante o franquiciatario es extranjero) el compromiso arbitral adquiere mayor importancia, porque de esa manera se evita problemas de señalar desde tribunales competentes hasta reglas de decisión, que suelen constituir arduos problemas jurídicos. En este campo, existen organismos de gran prestigio, como la Cámara Internacional de Comercio, que tiene amplia experiencia y garantizan la imparcialidad de las decisiones; puesto que el arbitraje puede tener lugar en el territorio de los países a que pertenezcan las partes o en un país neutral, y con el número de árbitros que las propias partes convengan.⁴¹

Si la controversia es entre dos partes nacionales, las Cámaras de Industria, Comercio o Servicios a que pertenezcan las partes en función de su actividad pueden fungir como árbitros privados.

2.1 Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de La Cámara Nacional de Comercio

La Cámara Nacional de Comercio es la institución pionera que introdujo en la República de Bolivia el sistema de Arbitraje y Conciliación Comercial como alternativa a la justicia ordinaria, mediante la incorporación dentro de su

⁴¹ LÓPEZ Guzmán, Fabián "El Contrato de Franquicia Internacional", Bogota, Ed. Temis, 2007, pag. 116.

Estatuto desde 1890, año de la fundación de esta institución. Dicha introducción terminó de hacerse patente con la creación, en el año 1992, de un centro especializado en Arbitraje y Conciliación que, junto a la Cámara, se constituyeron en los principales gestores para la promulgación de la Ley 1770 o Ley de Arbitraje y Conciliación, promulgada en fecha 10 de marzo de 1997.

A la fecha, ha tratado más de un centenar de casos con controversias resueltas mediante Conciliación o Arbitraje, emitiéndose hasta la gestión 2007 aproximadamente 60 Laudos Arbitrales y otros tantos acuerdos conciliatorios.

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio, es reconocido en la actualidad a nivel nacional e internacional como el principal ente administrador de procesos de este tipo en la República de Bolivia, no solo porque ostenta la categoría de Sección Boliviana de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial - CIAC y de Capítulo Nacional de la Comisión de Mediación y Arbitraje del Centro de Cámaras de Comercio del MERCOSUR.

El Centro de Arbitraje y Conciliación representa una alternativa absolutamente fiable para la consecución de los objetivos que se persiguen a la hora de contratar, sea con el Estado o simplemente entre particulares, sea a nivel nacional o internacional, dado que brinda a los usuarios un marco normativo e institucional adecuado para resolver controversias de carácter comercial de una manera eficaz, rápida, transparente, especializada, imparcial y económica.

Cabe destacar la actuación del Centro de Arbitraje y Conciliación en procesos donde han intervenido empresas internacionales resaltando así la confianza desplegada en favor de esta entidad arbitral por el servicio que brinda y por la calidad de árbitros profesionales internacionalmente acreditados que figuran dentro de sus listas.

Independientemente del servicio prestado a particulares e instituciones públicas en la Resolución de Conflictos surgidos en el área comercial específicamente, el Centro dentro sus funciones de difusión y capacitación ha organizado, promocionado y llevado a cabo una serie de seminarios en el rubro mencionado tanto a árbitros como conciliadores y público interesado.

El Centro de Conciliación y Arbitraje es el único Centro en la materia a nivel nacional que se encuentra acreditado en el Directorio de Arbitraje Internacional y Resolución de Disputas publicado por Martindale and Hubell, auspiciado por el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, la Cámara Internacional de Comercio, Corte Internacional de Arbitraje y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

Cabe destacar el constante apoyo que el Centro de Conciliación y Arbitraje ha recibido de entidades como USAID, que a través de su oficina dedicada a las Iniciativas Democráticas, prestó intensa cooperación y patrocinio en materia de capacitación y difusión de los sistemas de Conciliación y Arbitraje en el Centro referido, durante los primeros años de su creación.⁴² A su vez, el Centro de Conciliación y Arbitraje trabajó en proyectos de capacitación de conciliadores y árbitros financiados por la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el desarrollo ASDI.

El Centro de Arbitraje y Conciliación está plenamente facultado para la administración y supervisión de casos tanto de índole nacional como internacional. Provee un sistema de administración de procesos de Arbitraje y Conciliación de carácter internacional en Bolivia ya que es la Sección Nacional de la C.I.A.C. y también es el Capítulo Nacional de la Comisión de Mediación y Arbitraje de Cámaras de Comercio del MERCOSUR.

⁴² Ver <http://www.arbitraje.bo/index.php?mc=19>.

Como centro arbitral de solución de controversias, el Centro de Arbitraje y Conciliación ofrece a las partes interesadas los siguientes servicios:

- Administración eficiente, transparente y responsable de procesos conciliatorios y arbitrales tanto nacionales como internacionales.
- Proporciona a los usuarios una lista de árbitros y conciliadores profesionales en distintos rubros debidamente acreditados tanto a nivel nacional como internacional.
- Designa árbitros y conciliadores cuando las partes lo soliciten o lo disponga el Reglamento de Conciliación y Arbitraje.
- Promueve y difunde el Arbitraje y la Conciliación Institucional como método alternativo para solución de conflictos.
- Auspicia seminarios, conferencias y otras actuaciones vinculadas con la Conciliación y el Arbitraje.
- Desarrolla programas de capacitación para árbitros y conciliadores, a fin de que emitan un laudo arbitral que garantice responsabilidad, seriedad, pero más que nada imparcialidad, a fin de que las partes resulten satisfechas y cumplan el laudo arbitral.

CAPÍTULO VI

LA FRANQUICIA A NIVEL INTERNACIONAL

6.1. LEGISLACIÓN COMPARADA.

6.1.1. Argentina.

Al igual que en nuestro país, en 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.

6.1.1.2. La Asociación Argentina De Franquicias y Su Código De Ética.

La Asociación Argentina de Franquicias, entidad privada creada en el año de 1988, tiene en vigencia desde 1991 un Código de Ética, el cuál suple de alguna manera la ausencia legal sobre este precepto y fija ciertas normas para el funcionamiento de esta actividad comercial.

Las empresas que desean ingresar como socios están obligados a cumplir con algunos requisitos, como por ejemplo, tener una marca registrada de una franquicia nacional o internacional, poseer un local piloto en donde opere el franquiciante y garantice así el éxito de la relación entre ambas partes, tener

un manual de operación y entrenamiento, firmar un contrato de franquicia y brindar capacitación y asistencia a sus franquiciados⁴³.

Todas estas normas son de jurisdicción voluntaria por lo que la infracción a alguna de ellas son básicamente morales y, en última instancia, sólo conducen a la expulsión del miembro que las infringió de la Asociación.

Por otro lado, con el fin de la protección del mercado y del sistema la AAF, ha implementado el lanzamiento de un sello de calidad otorgado a aquellas franquicias que acrediten una serie de especificaciones. El otorgamiento de esta insignia conferirá al franquiciante el derecho de exhibirlo en sus locales, en su publicidad y en sus elementos de promoción, lo que les permitirá poner en conocimiento del público y de los franquiciados que la empresa cuenta con respaldo y control de la asociación por haber desarrollado una franquicia en forma seria, ética y profesional.

6.1.2. Brasil.

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.

⁴³ MARTORELL, Ernesto E. "Tratado de los contratos de empresa" tomo III, Buenos Aires, Ed. "Depalma" 1997, p. 556.

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”.

6.1.2.1. 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 franquiciatario, 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.⁴⁴

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 franquiciatario, o su falsedad, provocan la nulidad de la relación, con la consiguiente obligación del franquiciante de devolver al franquiciatario las sumas ya pagadas por éste con interés a una tasa módica (caja de ahorro).

Dentro de las muchas previsiones que exige el art. 3 de la ley 8995 destacan las siguientes:

* Antecedentes del franquiciante, denominación y forma social de éste y de todas las empresas que estén vinculadas con él.

⁴⁴ Asociación Brasileña de Franquicias, Ver: http://www.portaldofranchising.com.br/arquivos/2012_Directrices.pdf, fecha de consulta 15 de noviembre de 2012.

- * Resultados financieros y balance de los dos últimos ejercicios del franquiciante.
- * Indicación de los juicios que mantiene el franquiciante, sus empresas controladas y titulares de marcas relativas a la operación de la franquicia.
- * Detalle de las inversiones destinadas a la implementación del sistema. Monto de los derechos de ingreso, monto de las instalaciones en mercaderías, otras inversiones y pagos a la fecha de entrada en operación de la franquicia.
- * Detalle de las regalías periódicas o por servicios o alquileres de los equipos.
- * Indicación del territorio o zona geográfica de actuación del franquiciado.
- * Situación del franquiciatario después de la terminación del contrato.

Es interesante destacar que la ley brasileña ha estado en vigor por más de 8 años, y se ha propiciado su reforma por una comisión ad-hoc que sugirió cambiar ciertas reglas, que se muestran continuación:

- * Destacar la inexistencia de una relación de empleo entre el franquiciante y el franquiciatario.
- * Requisito de, al menos dos años de experiencia en la franquicia para evitar la venta de negocios no probados.
- * Ampliación de la red de franquiciatarios que cubra los 24 meses anteriores a la oferta de franquicia.
- * El Código Fiscal brasileño prevé que las sumas que excedan el 1% por regalías no son deducibles. La norma propone que la totalidad del pago sea deducible.

6.2. ORGANISMOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA FRANQUICIA.

6.2.1. INSTITUTO PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT).

La necesidad de uniformar normas y criterios en materia mercantil internacional impulso a que el UNIDROIT reconociera la importancia del contrato de franquicia y se aventurara a elaborar en 1998 una Guía para los Acuerdos Internacionales de Franquicia Principal que consta de 20 capítulos.

Posteriormente, en enero de 1999, el Consejo Directivo y la Asamblea General de dicho organismo, comenzaron a preparar un proyecto de ley modelo sobre la franquicia en general, el cuál entro en vigor en el 2001.

Esta ley se limita a exigir el suministro de información precontractual. Requiere a los franquiciantes que proporcionen a los posibles franquiciados la información que estos necesitan para evaluar la franquicia que se les ofrece.⁴⁵

Dentro de las disposiciones más interesantes de este ordenamiento están las siguientes definiciones de los conceptos utilizados en el texto, incluyendo una extensa definición sobre el concepto de franquicia.

- La obligación por parte del franquiciante de proporcionar un documento informativo a cada candidato, con 14 días de antelación a la fecha de la firma del contrato, o de cualquier pago relacionado con la adquisición de la franquicia.
- La información debe ser suministrada por escrito.
- Casos en el que el franquiciante está exento de la obligación de informar.
- Describe con detalles la información que el franquiciante le debe suministrar al posible franquiciatario como experiencia comercial del franquiciante, información sobre cualquier procedimiento de quiebra, tratamiento de las ganancias u otros beneficios, naturaleza y alcance de los derechos exclusivos otorgados, limitaciones impuestas al franquiciatario, obligaciones de no competencia, comisiones, restricciones o condiciones con relación a los bienes o servicios que el franquiciatario puede vender etc.

⁴⁵ Ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchisingguides.pdf>.

- El idioma en el que se va redactar el documento informativo.
- Recursos de que dispone el franquiciatario en caso de que el franquiciante no entregue el documento informativo dentro del plazo fijado, o de que este documento contenga falsedad u omisión respecto de un hecho significativo.
- Plazos dentro de los cuales debe ejercerse el derecho de rescisión.

Actualmente existe un debate sobre la verdadera necesidad de esta ley modelo; ya que están a su favor algunos países que propugnan que es conveniente un régimen universal unificado, pero también existen otras naciones que prefieren dejar a cada legislación un régimen propio, en particular, para un convenio que no tiene caracterización específica en múltiples jurisdicciones.

6.2.2. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI).

La OMPI es una organización intergubernamental creada en 1967 con el objeto de promover la protección de la Propiedad Intelectual en el mundo. En 1974 se transformó en un Organismo Especializado de la ONU y recibió el mandato de administrar los asuntos de propiedad intelectual reconocidos por los Estados miembros de dicha organización.

Ahora bien, siendo que la Franquicia contempla diversos aspectos pertenecientes a la propiedad Intelectual, la OMPI ha establecido 3 elementos que debe contener esta relación comercial para fungir como tal y estos son:

- 1.- Licencia para utilizar el sistema
- 2.- Relación interactiva continúa.
- 3.- El derecho del licenciante a establecer la forma de operar el negocio.

Además esta Organización cuenta desde 1994 con un Centro de Arbitraje y Mediación que ofrece sus servicios a toda controversia internacional comercial entre partes privadas en el campo de la tecnología, el espectáculo y otros

litigios en materia de propiedad intelectual a escala mundial, por lo que se puede pactar en los contratos de franquicia que en caso de que se presente una disputa legal esta se ventile ante la OMPI.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. CONCLUSIONES.

En base a los objetivos puntualizados para la presente investigación, es necesario establecer cada una de las conclusiones a las que se arribo a partir del análisis realizado.

7.1.1 OBJETIVO GENERAL.

La presente investigación pretendió demostrar que la incorporación del contrato de franquicia al Código de Comercio, conllevara necesariamente ventajas y desventajas, empero se cree que 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 clara.

7.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1.- La expansión que ha experimentado el sistema de franquicias en Bolivia cobrado bastante fuerza en los últimos tiempos, proporcionando beneficios económicos a nuestra sociedad los cuales se tornaron evidentes, generando una importante cantidad de empleos de diferentes niveles y requerimientos; aportando considerables sumas a la recaudación fiscal; estimulando la inversión extranjera y nacional; y, asegurando a los consumidores recibir una alta calidad de servicio o productos especializados, dentro del escenario de la libre competencia, en ese entendido, la necesidad de incorporar la figura contractual de la franquicia en nuestra legislación constituye una prioridad, a fin de equiparar la relación jurídica entre las partes, asegurando ventajas económicas tanto para el franquiciante como para el franquiciado.

Las campañas de marketing de un sistema de franquicias asegurado son muy agresivas a nivel mundial, llegando a penetrar a cualquier cultura, aunque se encuentre firmemente arraigada a sus costumbres. Esto conlleva el desarrollo financiero debido a la implementación de técnicas de comercialización de productos, que sin duda alguna son generadores económicos importantes para cualquier país, mas aun si se toma en cuenta que el negocio del

franchising factura en el mundo más de U\$S 800.000 millones. Se estima que cada 17 minutos abre sus puertas una nueva boca franquiciada.

2. La función específica en el contrato de franquicia es la colaboración para asegurar la distribución de un producto o servicio, en un mercado en el cual actúa la competencia. El franquiciante no puede afrontar un mercado por sí solo sin soportar los excesivos costos y el riesgo de un nivel complejo de distribución y el franquiciado no puede por sí solo vender, sin el apoyo técnico y solvente del franquiciante, propietario de un producto o servicio acreditado en plaza. Ambos requieren coordinación y complementación para reducir los errores en la actividad. Lo que se busca es el éxito de ambos. Estos son elementos que se encuentran regulados en el sistema comercial de un contrato de franquicia, el cual, al encontrarse debidamente normado y regulado en la legislación, ofrece a las partes contratantes la seguridad para afrontar las ventajas y desventajas que conlleva el negocio como tal. En ese entendido, el beneficio más inmediato es la percepción de ingresos por diversos conceptos: canon inicial, regalías periódicas, honorarios por publicidad y marketing, venta de productos a los franquiciados y venta de servicios adicionales a los franquiciados, sin olvidar los beneficios que se observan con la adquisición de empleos en empresas que se dedican a este rubro comercial.

3.- Por ser un contrato de comercialización, la franquicia otorga una serie de ventajas emergentes de su naturaleza jurídica, por ser un contrato de licenciamiento de una marca bajo especiales pautas que se establecen en el contrato. La naturaleza de la Franquicia permite diferenciar claramente este contrato de los restantes contratos de Distribución.

El franquiciante se favorece porque elude los riesgos propios de la comercialización de sus productos o servicios, y logra una mayor colocación de los mismos en el mercado consumidor. Además difunde su marca y prestigio sin invertir capital propio.

Por su parte, el franquiciado garantiza su inversión favoreciéndose del prestigio y conocimiento de una marca ya impuesta en el mercado consumidor. Es además, un comerciante independiente económicamente y los dividendos que arroje la actividad desarrollada serán suyos.

4. En América Latina, Brasil es el ejemplo más interesante acerca de regulación normativa de franquicias, debido a que la ley que regula este modelo contractual contiene un gran número de elementos, Como se mencionó, la información previa a contratar una franquicia es fundamental. El caso brasileño demuestra que contar con una legislación sobre franquicias, en lugar de restringir el libre accionar o deprimir el sector, alienta su crecimiento. Brasil es un país que tiene un importante crecimiento de franquicias, y por lo tanto la legislación no es perjudicial sino más bien puede constituir un elemento positivo para ayudar a su desarrollo, ya que ofrece la garantía del control. Todo esto se ve reflejado en las extraordinarias cifras del año 2010, donde en Brasil se observó un crecimiento del 2,1% en relación al PIB nacional con una facturación del sector que asciende a 75 mil millones de Reales, lo cual supone que constituya el segundo mercado a nivel mundial de este formato de negocios. Asimismo, la gran mayoría de franquicias son nacionales dejando muy poco espacio para franquicias extranjeras, y sorprendentemente, manteniendo rezagadas a las franquicias estadounidenses.

7.2. RECOMENDACIONES.

Debido a la gran importancia otorgada al contrato de franquicia en nuestro país en los últimos tiempos, y basada en el presente trabajo de investigación, es necesario recomendar la incorporación del contrato de franquicia al Código de Comercio, regulado normativamente, debido a que se trata de una actividad comercial sumamente utilizada, por lo tanto debe estar sujeta a reglas claras que conformen un marco jurídico donde se regulen las relaciones entre las partes contratantes. Un buen marco jurídico de la franquicia debe partir de su concepto y definición; por lo tanto se debe incorporar además la

definición que se considera dentro de este estudio la más completa y adecuada que es la siguiente: “franchising o franquicia comercial es el contrato basado en una relación de cooperación permanente entre empresas diferentes por el cual, una de las partes (franquiciante, otorgante o franchisor) titular de un nombre comercial, de una marca o signo distintivo, de diseños o emblemas con que identifica su empresa o negocio, otorga a la otra (franquiciado, tomador o franchisee) un conjunto de derechos que lo facultan para vender, y/o explotar comercialmente a su propio riesgo, en un lugar o territorio preestablecido, uno o varios productos y/o servicios, amparándose no solamente en la marca con la que el otorgante identifica sus productos, sino también en la imagen comercial y en los métodos operativos que utiliza.

Asimismo, sería conveniente incorporar los siguientes elementos, los cuales son contemplados en diversas legislaciones que incluyen el contrato de franquicia:

a) Datos de identificación del franquiciador: Nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el Registro de comercio de Bolivia (FUNDEMPRESA). b) Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. 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. e) Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, la fecha de creación de la empresa, experiencia en el mercado, desarrollo de la red de franquicias. f) 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 “know-how” y de la asistencia técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios

para la puesta en marcha del negocio tipo. g) Estructura y extensión de la red en Bolivia, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos establecidos en Bolivia, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operan bajo el régimen de sub-franquicia, y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en Bolivia en los dos últimos años, con las causas la extinción de la relación. h) 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. i) La falsedad u omisión de algún dato en la Circular de Oferta de Franquicia dará derecho al franquiciado de exigir la nulidad del contrato, a exigir del franquiciante el pago por los daños y perjuicios ocasionados. j) El contrato de franquicia debe constar por escrito. k) Sólo podrán ser materia de franquicias las marcas registradas y no aquellas que se encuentren en trámite.

Existe una importante doctrina de derecho internacional público que es la llamada "Doctrina Calvo" elaborada por el jurista argentino Carlos Calvo a finales del siglo XIX donde el postulado básico de esta doctrina es que *"los extranjeros que se instalan en el país deben someterse a la ley del estado anfitrión de la misma manera que los nacionales y que por lo tanto no pueden gozar de una protección jurídica distinta de la de los ciudadanos de dicho país"*.⁴⁶ Entonces si tratamos de extrapolar al tema en cuestión, esta doctrina se vería desde el punto de vista en que el franquiciante está realizando una inversión por medio de la transmisión de conocimiento (know-how) para poder expandir su negocio a cambio de regalías, entonces mientras más se expanda el negocio franquiciado mayores ganancias percibe y así su inversión es retribuida. Por lo tanto, se recomienda que en el marco jurídico sobre

⁴⁶ Pérez Vega, Jorge, "La doctrina en derecho internacional, su evolución y practica" Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 231.

franquicias se trate de incorporar el espíritu de esta doctrina, así se beneficia a los empresarios nacionales al momento de que surja una controversia y se acude al órgano judicial estatal como primera alternativa, dejando la opción de un tribunal arbitral como una alternativa si se incluye en el contrato, y como última opción acudir a la legislación del franquiciante. Por lo pronto, los franquiciados bolivianos, de surgir alguna controversia, la gran mayoría debe someterse ante la jurisdicción del franquiciante, que no es lo más conveniente para empresarios con niveles económicos tan dispares como pueden presentarse en el caso de los empresarios bolivianos con respecto a las franquicias extranjeras.

Concordante con lo anterior se deberá incluir en este capítulo, el tema de la ley y foro aplicable donde se pretende que si las partes no convinieron una determinada legislación y foro para resolver sus controversias, estará contemplado que las polémicas que surjan del contrato serán automáticamente tratadas con la ley boliviana.

Asimismo, sería conveniente incorporar dentro del texto, una parte específica que restrinja las cláusulas abusivas, tomando en cuenta las cláusulas abusivas abiertas o generales y las particulares, sugiriendo como parámetro la legislación española que señala para estos casos:

I. Las cláusulas que se pacten en el contrato de franquicia, se consideraran abusivas y no surtirán efectos jurídicos, si tienen por objeto o por efecto:

a) Vincular el contrato a la voluntad del franquiciante,

b) Limitar los derechos del franquiciado,

c) Determinar la falta de reciprocidad en el contrato,

d) Imponer al franquiciado garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

II. Cuando del análisis de cada una de las cláusulas de un contrato con relación a las demás o de la combinación de las mismas, resulte en detrimento del empresario un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

A estos efectos, el Juez o tribunal que declare la nulidad de dichas cláusulas modulará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el empresario.

III. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

La renovación de la franquicia resulta un tema muy importante, para que los empresarios nacionales tengan estabilidad de un negocio por varios años, es por eso que se sugiere incorporar en el capítulo que regule las franquicias, la renovación y/o prórroga de la franquicia que se hará efectiva, no obstante podrá rescindirse por:

a) Incumplimiento por parte del franquiciado de una disposición contractual que sea de razonable y significativa importancia para la relación de franquicia

b) La no realización de esfuerzos de buena fe para cumplir las provisiones de la franquicia

c) El acontecimiento de un hecho relevante para la relación de franquicia como resultado de la cual la terminación o falta de renovación sea razonable

d) Un acuerdo mutuo entre franquiciante y franquiciado para terminar la franquicia o no renovarla

Es frecuente que los franquiciantes extranjeros, cuando tratan de asentarse en el país, encarguen la revisión y adaptación de sus largos contratos de franquicia para su aplicación en Bolivia (esos contratos fueron preparados por despachos de abogados americanos o ingleses a su particular estilo). Suelen ser contratos donde se regula hasta la extenuación aspectos incluso intrascendentes, que llevan al contrato a un texto difícil de interpretar por las partes y sobre todo de cumplir.

La tan exhaustiva regulación de los contratos y la cantidad de cláusulas de índole administrativa, financiera, etc., hace en muchos casos que el contrato sea muy difícil de ejecutar por parte del franquiciado, debido a que es necesario entender que, en muchos casos, el franquiciado encuentra obligaciones que imponen muchos de los contratos anglosajones que implican desarrollo de su negocio, que en la mayoría de los casos, no es seguido o cumplido por el franquiciado, posibilitando que éste se encuentre en causa de resolución por permanente incumplimiento. Es por esto que una importante recomendación, es la de flexibilizarse en su contrato y redactar o incluir cláusulas con estilo y formato boliviano, terminología castellana y simplificar el contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- 📖 BARRAGÁN ARANGO, LUIS ALFREDO
“EL LAUDO ARBITRAL” EN “EL CONTRATO DE ARBITRAJE”
Bogotá, Editorial “Legis S.A.”, 2005.

- 📖 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO
“EL DERECHO DE PATENTES”
Madrid, Editorial “Dykinson S.R.L.”, 1993.

- 📖 CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO
"LA AUTONOMÍA DEL CONTRATO DE ARBITRAJE" EN "EL CONTRATO DE ARBITRAJE",
Bogotá, Editorial "Legis" S.A., 2005.
- 📖 CERVANTES ORTIZ, WILFREDO
"MANUAL DE CONTRATOS"
Sucre, tomo 1, Editorial "Tupac Katari", 2005.
- 📖 CONEJEROS ROOS, CRISTIAN
"LOS COSTOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL"
Bogotá, Editorial "Legis S.A.", 2005.
- 📖 DERAÏNS, YVES
"CLÁUSULAS COMPROMISORIAS PATOLÓGICAS Y COMBINADAS"
Bogotá, Editorial "Legis S.A.", 2005.
- 📖 DIEZ DE CASTRO, ENRIQUE CARLOS, NAVARRO GARCÍA, ANTONIO,
RONDAN CATALUÑA, FRANCISCO JAVIER
"EL SISTEMA DE FRANQUICIAS, FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS",
Madrid, Editorial "Pirámide", 2005.
- 📖 FARINA, JUAN M.
"CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS" MODALIDADES DE
CONTRATACIÓN EMPRESARIAL
Buenos Aires, Editorial "Astrea", 2005.
- 📖 FUENTES BERNAL, JIMÉNEZ FABIO,
"EL CONTRATO DE FRANCHISING"
San José de Costa Rica, Editorial "Investigaciones Jurídicas", 1995.

- 📖 HERNANDO GIMÉNEZ, AURORA,
“EL CONTRATO DE FRANQUICIA DE EMPRESA”
Madrid, Editorial “Civitas”, 2000.
- 📖 MALDONADO CALDERÓN, SONIA
“CONTRATO DE FRANCHISING”,
Santiago, Editorial “Jurídica de Chile”, 1994.
- 📖 MARTORELL, ERNESTO E.
“TRATADO DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA”
Buenos Aires, tomo III, Editorial “De palma”, 1997.
- 📖 MARZORATI, OSVALDO J.
“FRANCHISING”
Buenos Aires, Editorial “Astrea”, 2001.
- 📖 MONROY CABRA, MARCO GERARDO,
“RECURSOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL”
Bogotá, Editorial “Legis S.A.” 2005.
- 📖 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, OSPINA ACOSTA, EDUARDO
“TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y LOS DEMÁS ACTOS O NEGOCIOS
JURÍDICOS”
Bogotá, Editorial “Temis” 1994.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política del Estado de Bolivia, La Paz, Ed. U.P.S., 7 de febrero de 2009, Código de comercio de Bolivia, La Paz, Ed. U.P.S., junio de 2007 Código Civil de Bolivia, La Paz, Ed. U.P.S., Septiembre 2007, República de Bolivia Ley no. 1770 de arbitraje y conciliación de 10 de marzo de 1997, República de Bolivia, Ley reglamentaria de marcas, 15 de enero de 1918.
- Republica del Brasil, Ley no. 8955/94 que regula el contrato de franquicia y rige sobre otros asuntos.

RECURSOS DE INTERNET

- Ardiles Moreno, Ricardo Martín, "La regulación de las franquicias comerciales en Bolivia", http://www.eldiario.net/noticias/2010/2010_07/nt100710/1_05opn.php
- Comunidad Andina de Naciones (CAN), decisión 486, ver http://www.dib.unal.edu.co/cip/pi_can_decision486.pdf,
- Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en México, D.F., 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado ver: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>
- Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma, 19 de junio de 1980. Ver <http://www.cocin-cartagena.es/externo/pdf/TR02.pdf>.
- Convenio de La Haya de derecho internacional privado, sobre Acuerdos de elección de Foro, 30 de junio de 2005, Ver [http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.Text &cid=98](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.Text&cid=98) fecha de consulta 11 de octubre de 2012.

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ver, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>.
- http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf.
- Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 1-2 ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>.
- <http://www.icex.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4391580> (consulta 08/06/2012).
- http://www.eldiario.net/noticias/2010/2010_07/nt100710/1_05opn.php
- <http://www.grupovenado.com> reseña histórica, fecha de consulta 10 de agosto de 2012 (hay que declarar que la página fue actualizada y la reseña histórica fue modificada, no consta como en la fecha de consulta. Los datos fueron corroborados mediante entrevista directa con el gerente regional de industrias Venado de la ciudad de Sucre-Bolivia).
- http://www.fundempresa.org.bo/docs/content/informacion-institucional_178.pdf.
- <http://www.embonor.cl>, Operación Bolivia.
- http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2011/11/111031_bolivia_fracaso_mc_donalds_lav.shtml.
- Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 24, ver

<http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>.

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, Ver [http:// www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ver
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-2007.html

ANEXOS

CONTRATO BASE

CONTRATO ENATEX Nro. 00 /2013

CONTRATO DE FRANQUICIA PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS

DE LA EMPRESA PÚBLICA NACIONAL TEXTIL - ENATEX

Conste por el presente Contrato de Franquicia para la comercialización de productos textiles de

ENATEX, que regirá bajo las siguientes cláusulas y condiciones:

CLÁUSULA PRIMERA.- (PARTES CONTRATANTES).

1. La EMPRESA PÚBLICA NACIONAL TEXTIL ENATEX (EMPRESA PÚBLICA NACIONAL ESTRATÉGICA EPNE), con domicilio en la calle Yanacachi Nro. 1489 Zona Villa Fátima ciudad de La Paz – Estado Plurinacional de Bolivia, con Número de Identificación Tributaria NIT 196654024, representada por el ING. JAIME ALBERTO BLANDON BARRENECHE, quien se encuentra plenamente facultado para la suscripción del presente contrato, en mérito a la delegación efectuada mediante Resolución Administrativa ENATEX/GG/Nro. 0033/2013 de fecha 26 de marzo de 2013 publicada en medio de prensa de circulación nacional en fecha 04 de abril de 2013 quien suscribe el presente contrato en calidad y en su condición de Gerente de Comercialización y Pre Producción de la Empresa Pública Nacional Textil ENATEX, que en adelante se denominará la ENTIDAD.

2. La Empresa ____/ El Sr.____, con Cédula de Identidad Nro. ____, Número de Identificación

Tributaria ____, con domicilio en ____, representado legalmente por ____, en su condición de representante legal en mérito al Testimonio Poder Nro. ____ de fecha ____ otorgado ante la Notaria de Fe Pública Nro. XXXX a cargo del Dr. ____, que en adelante se denominará el CESIONARIO.

Partes que debidamente identificadas, celebran el contrato descrito en las cláusulas siguientes:

CLÁUSULA SEGUNDA.- (ANTECEDENTES).

La solicitud remitida mediante Informe Técnico ____ de fecha ____ de ____ de 2013 (DOCUMENTO INTERNO DE ENATEX) en la que se determinan las especificaciones y alcances técnicos necesarios para la elaboración del contrato de comercialización.

CLÁUSULA TERCERA.- (LEGISLACIÓN APLICABLE).

El presente Contrato se celebra exclusivamente al amparo de las siguientes disposiciones:

Constitución Política del Estado de fecha 07 de febrero de 2009.

Ley Nro. 1178, de Administración y Control Gubernamentales, de fecha 20 de julio de 1990. Decreto Supremo Nro. 1253 de 11 de junio de 2012.

Código de Comercio respecto a los artículos pertinentes.

Y demás disposiciones relacionadas directamente con las normas anteriormente mencionadas.

CLÁUSULA CUARTA.- (DOCUMENTOS INTEGRANTES DEL CONTRATO).

Forman parte indivisible del contrato los siguientes documentos:

1. El Decreto Supremo Nro. 1253 de fecha 11 de junio de 2012.
2. Informe Técnico ___ de fecha ___ de ___ de 2013 (DOCUMENTO INTERNO DE ENATEX) y los documentos adjuntos a este.

CLÁUSULA QUINTA.- (OBJETO DEL CONTRATO).

En cumplimiento al Decreto Supremo Nro. 1253 de fecha 11 de junio de 2012, el objeto y causa del presente contrato es la cesión temporal del derecho de comercialización (FRANQUICIA) de los productos de la Empresa Pública Nacional Textil ENATEX conforme a los requisitos técnicos y legales predeterminados, que en adelante se denominará la FRANQUICIA.

CLÁUSULA SEXTA.- (VIGENCIA).

La vigencia del presente contrato, se extenderá desde la suscripción del presente contrato, hasta que el CESIONARIO haya dado cumplimiento a todas las condiciones y estipulaciones contenidas en él.

CLÁUSULA SÉPTIMA.- (PLAZO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA).

El plazo de la COMERCIALIZACIÓN se realizará por cinco (05) años calendario a computarse desde la suscripción del presente contrato.

CLÁUSULA OCTAVA.- (OBLIGACIONES DEL CESIONARIO Y DE LA ENTIDAD).

Para el efectivo cumplimiento del contrato las partes se obligan a los siguientes alcances:

8.1 DEL CESIONARIO

8.1.1 ALCANCES ECONÓMICOS:

8.1.1.1. Realizar la compra de los productos textiles a ser comercializados. Dicha compra se realizará dentro del plazo estipulado en el numeral 8.1.3.4 y será cancelada a la ENTIDAD de forma inmediata a contra entrega de los productos.

8.1.1.2. Comercializar los productos textiles en igual precio a la ENTIDAD.

8.1.1.3. Realizar promociones de los productos textiles al mismo tiempo y con las mismas características a la ENTIDAD o en su caso, solicitar autorización expresa. Contrato ENATEX Nro.____/2013

8.1.1.4. Realizar la comercialización de productos textiles arrojando un mínimo de ventas mensual de Bs. ____ (00/100 Bolivianos).

8.1.2 IMAGEN EMPRESARIAL DE LAS TIENDAS:

8.1.2.1. Gestionar bajo su costo las autorizaciones legales necesarias para la instalación de las tiendas comerciales tales como: Licencias de Funcionamiento, de letreros y las que fueren necesarias; así como cumplir oportunamente todas las obligaciones contractuales y fiscales derivadas de las tiendas comerciales.

8.1.2.2. Solicitar autorización a la ENTIDAD respecto a la ubicación de las tiendas comerciales.

8.1.2.3. Las tiendas comerciales del CESIONARIO deben replicar las mismas características estéticas, visuales y de ambientación de las tiendas comerciales de la ENTIDAD, quedando expresamente estipulado que el CESIONARIO asumirá los costos de dichos conceptos.

8.1.2.4. Las tiendas comerciales del CESIONARIO deben replicar la distribución de los productos textiles de las tiendas comerciales de la ENTIDAD.

8.1.2.5. El CESIONARIO solicitará a la ENTIDAD su aprobación expresa respecto al cumplimiento de los numerales 8.1.2.3 y 8.1.2.4.

8.1.2.6. Realizar un cronograma de implementación de réplicas de las tiendas comerciales (Cronograma de Réplica Comercial) a ser aprobado por la ENTIDAD.

8.1.2.7. El CESIONARIO no está autorizado a presentarse como socio, representante de la ENTIDAD, ni tendrá ninguna representación expresa o tácita para actuar en su nombre.

8.1.2.8. Mantener las tiendas comerciales en perfecto estado de conservación, decoración y limpieza en conformidad a los requerimientos de la ENTIDAD.

8.1.3. PROCEDIMIENTOS Y SISTEMAS:

8.1.3.1. Los sistemas y procedimientos de recepción, almacenaje, garantía de prendas y facturación de productos textiles deben replicar los procedimientos de las tiendas comerciales de la ENTIDAD a cuyo efecto serán aprobados y homologados por esta, a cuyo efecto el CESIONARIO deberá contar con las condiciones necesarias para su réplica.

8.1.3.2. Remitir informes periódicos mensuales a la ENTIDAD respecto al cumplimiento y desarrollo de las obligaciones sobre todo respecto a los movimientos comerciales y financieros.

8.1.3.3. Iniciar y consolidar la gestión de ubicación de las tiendas comerciales en un plazo no mayor a un (01) mes de suscrito el contrato.

8.1.3.4. Iniciar y concluir la gestión de réplica de las tiendas comerciales y obtención de autorizaciones de funcionamiento en un plazo no mayor a los dos (02) meses de ubicadas las tiendas comerciales.

8.1.3.5. Reconoce todos los derechos de propiedad industrial, intelectual, procedimientos, sistemas y diseños de decoración, logotipos y otros a exclusividad de la ENTIDAD, pudiendo esta última introducir modificaciones que deberán ser replicadas por el CESIONARIO.

8.1.3.6. Permitir a la ENTIDAD o sus representantes libre ingreso a las tiendas comerciales, así como a la documentación pertinente.

8.1.3.7. Mantener la condición de empresa habilitada para contratar con el Estado durante todo el periodo que subsista el presente contrato.

8.1.3.8. Cumplir cada una de las cláusulas del presente contrato.

8.2 DE LA ENTIDAD

8.2.1. Realizar la venta de los productos textiles al CESIONARIO, con un descuento del

_____ (numeral %) del precio final de venta al público definido por la ENTIDAD.

8.2.2 Capacitar al CESIONARIO en los aspectos técnicos y comerciales definidos en los procedimientos de la ENTIDAD, para el buen desempeño en la(s) tienda(s) comercial(es).

8.2.3. Proporcionar al CESIONARIO la información necesaria para que el mismo pueda dar cumplimiento a las obligaciones descritas en los numerales 8.1.2.3 y 8.1.2.4 del presente contrato.

8.2.4. Informar al CESIONARIO respecto a las actividades y políticas comerciales de la ENTIDAD, a ser replicadas en la(s) tienda(s) comercial(es).

CLÁUSULA NOVENA.- (LUGAR DE ENTREGA DE LOS PRODUCTOS Y DE INSTALACIÓN DE LAS TIENDAS COMERCIALES).

La ENTIDAD entregará los productos textiles objeto del presente contrato al CESIONARIO en las instalaciones de las Plantas Textiles de ENATEX.

El CESIONARIO instalará _____ (número) tienda(s) comercial(es) en la(s) localidad(es) de _____ del (los) departamento(s) _____ del Estado Plurinacional de Bolivia.

CLÁUSULA DÉCIMA.- (FACTURACIÓN).

La ENTIDAD emitirá la respectiva factura por el monto del pago efectuado por el CESIONARIO contra entrega de los productos textiles. Contrato ENATEX Nro._____/2013

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- (SERVIDOR PÚBLICO RESPONSABLE DEL COBRO).

La ENTIDAD designa como responsable total del cobro a un servidor público de la Unidad de Ventas

Nacionales de la Gerencia de Comercialización y Preproducción, dependiente para realizar todas las gestiones de cobro por la provisión de los productos textiles.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- (CUMPLIMIENTO DE LEYES LABORALES).

El CESIONARIO será responsable y deberá mantener a la ENTIDAD exonerada contra cualquier multa o penalidad de cualquier tipo o naturaleza que fuera impuesta por causa de incumplimiento o infracción de dicha legislación laboral o social respecto a sus dependientes, quienes no tienen relación laboral alguna con la ENTIDAD.

Asimismo, la ejecución del presente contrato, no supone ningún vínculo laboral entre las partes, al contrario el presente contrato supone al CESIONARIO que se conducirá bajo su propio riesgo y ventura asumiendo los resultados del mismo.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.- (CONFIDENCIALIDAD Y EXCLUSIVIDAD).

La información proporcionada por la ENTIDAD a la que tuviere acceso el CESIONARIO, durante o después de la ejecución presente contrato tendrá carácter confidencial, quedando expresamente prohibida su divulgación a terceros, a menos que cuente con un pronunciamiento escrito por parte de la ENTIDAD en sentido contrario.

Así mismo las partes se obligan a tratar los asuntos sometidos a su conocimiento con la más absoluta discreción y guardando el debido secreto profesional con referencia a la información recibida respecto a los productos textiles, precios, marcas, modelos y de toda otra información o estrategia de mercado que pudiera ser de su conocimiento con motivo del presente contrato o fuera de él y hasta cinco años posteriores a la conclusión del presente contrato y en caso de infiltración de la información que cause daño a la ENTIDAD, el presente contrato se resolverá inmediatamente.

El CESIONARIO es consciente y efectuará todas las inversiones y desembolsos económicos comprendidos en este contrato teniendo plena conciencia de las pérdidas que puedan producirse por la terminación del contrato y asume el riesgo que importa.

Así mismo, durante la ejecución del presente contrato y concluido este de forma normal o por resolución atribuible a cualquiera de las partes, el CESIONARIO reconoce que la ENTIDAD es el único cesionario temporal de los

productos textiles, por lo que no podrá comercializar ningún otro producto que no sea el expresamente comprado de la ENTIDAD.

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA.- (DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIÓN).

Cualquier aviso o notificación, que tengan que darse las partes bajo este Contrato, será enviada:

A LA ENTIDAD:

Atención: Ing. Jaime Alberto Blandón Barreneche

Calle Yanacachi Nro. 1489 de la Zona Villa Fátima, ciudad La Paz Bolivia.

Teléfono 2219595

La Paz – Bolivia.

AL CESIONARIO:

Atención: ____

Dirección: ____

Teléfonos: ____

Fax: ____

Correo electrónico: ____

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- (MODIFICACIONES AL CONTRATO).

El Contrato sólo podrá alterarse mediante un Contrato Modificatorio, las causas modificatorias deberán ser sustentadas por informes técnicos y legales que establezcan la viabilidad técnica.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA.- (PROHIBICIÓN DE CESIÓN).

El CESIONARIO no podrá transferir parcial ni totalmente las obligaciones contraídas en el presente contrato, siendo de su entera responsabilidad el cumplimiento del mismo.

CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA.- (SUPERVISIÓN).

Con el objeto de realizar el seguimiento y control de la ejecución del contrato, la ENTIDAD designará al/los SUPERVISOR/ES que la representará(n) con el objeto de observar y evaluar permanentemente el desempeño del CESIONARIO y en su caso exigirle mejor desempeño y eficiencia en la comercialización de los

productos textiles de la ENTIDAD y en la implantación de tiendas comerciales réplica de la ENTIDAD.

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA.- (EXONERACIÓN A LA ENTIDAD)

El CESIONARIO se obliga a tomar todas las previsiones que pudiesen surgir por daño a terceros, se exonera de estas obligaciones a la ENTIDAD.

El CESIONARIO será completa e integralmente responsable de cualquier pérdida, daño o robo de los productos textiles adquiridos a la ENTIDAD, una vez los haya recibido de la misma, a cuyo efecto deberá tomar las medidas de seguridad necesarias. Contrato ENATEX Nro.____/2013

Página 4 de 4

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA.- (CONCLUSIÓN DEL CONTRATO).

El contrato concluirá bajo una de las siguientes modalidades:

1. Por cumplimiento del contrato.- De forma normal, una vez que ambas partes hayan dado cumplimiento a todas y cada una de las cláusulas contenidas en el mismo.

2. Por resolución del contrato.-

2.1. Resolución a requerimiento de la ENTIDAD, por causales atribuibles al CESIONARIO.

a) Cuando el CESIONARIO incumple en el pago determinado por más de diez (10) días calendario o incumple cualquiera de las obligaciones del contrato.

b) El retraso del CESIONARIO en más de un (01) mes en comenzar la ejecución del contrato respecto a sus obligaciones.

c) Por quiebra declarada o disolución determinada por autoridad competente del CESIONARIO.

d) Por suspensión en la comercialización de productos textiles en las tiendas comerciales del CESIONARIO sin justificación, por más de diez (10) días calendario continuos, sin autorización escrita del SUPERVISOR.

e) Por incumplimiento injustificado del cronograma de réplica comercial salvo que el CESIONARIO adopte medidas necesarias y oportunas para recuperar su demora.

f) Por negligencia reiterada (10 veces) en el cumplimiento de las obligaciones conforme las instrucciones escritas del SUPERVISOR.

g) En caso de divulgación de información confidencial descrita en el contrato u otra emergente de la relación contractual.

h) Por incumplimiento del contrato respecto a los alcances técnicos o respecto a la naturaleza de su contratación.

2.2. Resolución a requerimiento del CESIONARIO, por causales atribuibles a la ENTIDAD.

a) Cuando la ENTIDAD incumple en la entrega de los productos textiles para su comercialización por más de diez (10) días calendario.

b) Por causas de fuerza mayor (fuerzas de la naturaleza) o caso fortuito (hechos atribuibles a la acción del hombre), debidamente justificadas por la parte que la invoque, que afecten a la ENTIDAD o al CESIONARIO que imposibiliten el objeto del contrato o vayan contra los intereses del Estado, se resolverá el Contrato.

La resolución procederá de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial o previa y una vez que una de las partes notifique por escrito a la otra su voluntad de resolver el contrato.

Cuando se efectúe la resolución del contrato y siempre que no sea imputable a una de las partes, se procederá a una liquidación de saldos deudores y acreedores de ambas partes, efectuándose los pagos a que hubiere lugar, conforme la evaluación del grado de cumplimiento del contrato.

CLÁUSULA VIGÉSIMA.- (SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS).

En caso de surgir controversias sobre los derechos y obligaciones de las partes durante la ejecución del presente contrato, las partes se someten a la Jurisdicción Coactiva Fiscal, conforme dispone el artículo 47 de la Ley Nro. 1178 de Administración y Control Gubernamental, pudiendo la ENTIDAD acudir a la vía administrativa y/o judicial que corresponda.

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA.- (CONFORMIDAD).

En señal de conformidad y para su fiel y estricto cumplimiento, firman el presente Contrato en cuatro ejemplares de un mismo tenor y validez el ING. JAIME ALBERTO BLANDON BARRENECHE en su calidad de Gerente de Comercialización y Pre Producción, en representación de la ENTIDAD PROVEEDORA, y el señor XXXXXXXXXXXXX como representante legal del CESIONARIO.

Este documento, conforme a disposiciones legales de control fiscal vigentes, será registrado ante la Contraloría General del Estado.

La Paz, ____de ____de 2013.

Ing. Jaime Alberto Blandon Barreneche
Gerente de Comercialización y Pre Producción – ENATEX
ENTIDAD

XXXXXXXXXXXXX
Representante Legal
Empresa XXXXXXXXXXXXXXXX
CESIONARIO

CONTRATO INTERNACIONAL DE FRANQUICIA QUE CELEBRAN POR UNA PARTE (Anotar la denominación de la empresa franquiciante) EN LO SUCESIVO DENOMINADA COMO EL FRANQUICIANTE Y POR OTRA PARTE LA EMPRESA (Anotar la denominación de la empresa franquiciataria) EN LO SUCESIVO DENOMINADA COMO EL FRANQUICIATARIO DE CONFORMIDAD CON LAS SIGUIENTES DECLARACIONES, DEFINICIONES Y CLAUSULAS:

DECLARACIONES

DECLARA EL FRANQUICIANTE:

1º Que el *Franquiciador* es una empresa dedicada a la venta de productos y servicios informáticos de todo tipo, desde el año⁴⁷ ----, mediante una red de tiendas en régimen de franquicia, implantada en todo el territorio nacional, especialmente en la Comunidad Valenciana y que operan bajo la marca "APP INFORMATICA", debidamente registrada

2º Que el *Franquiciador* ha adquirido unos conocimientos, organización, metodología y sistemas relativos a la explotación del negocio, resultantes de la experiencia y probados.

3º Que el *Franquiciador* está inscrito en el Registro de Franquiciadores con el nº (NIFRA) 2003/0740/10/46/9/F ; 2010/2006/10/46/5/F y el registro autonómico RFCV/82/2003

4º Que el *Franquiciado* está interesado en instalar un comercio minorista, en régimen de franquicia, en el campo en el que desarrolla su actividad la empresa franquiciadora.

Por todo ello las partes formalizan el presente **CONTRATO DE FRANQUICIA** con arreglo a las siguientes

5º El *Franquiciador*, por el presente documento, concede al *Franquiciado*, y éste a su vez acepta, una Franquicia para la explotación de una tienda de venta de productos y servicios informáticos y digitales de todo tipo, según los términos y condiciones contenidos en el mismo, consistente en el derecho a hacer uso, con licencia limitada, en los términos del presente contrato, de la marca del *Franquiciador*, y a aplicar el saber hacer transmitido por el *Franquiciador* en aplicación del presente contrato, que, sin perjuicio de estar

disponible a través del software de gestión al que va a tener acceso el *Franquiciado*, se le entrega también en soporte papel para mayor facilidad.

6° El *Franquiciado* es un empresario independiente que explota su empresa por su propia cuenta y riesgo, por lo que no depende laboralmente del *Franquiciador*, concerniendo a aquel exclusivamente la contratación, remuneración o despido de sus colaboradores y personal, con plena autonomía. Cada una de las partes es responsable del cumplimiento de sus obligaciones legales, frente a autoridades y terceros, especialmente en lo que se refiere al respeto de los derechos de propiedad industrial e intelectual.

2. Ubicación de la Franquicia.

El Franquiciado es propietario/arrendatario de un local comercial sito en.....calle....., desde donde desarrollará la actividad comercial derivada de los derechos adquiridos por el presente documento.

4. Duración del contrato y renovación.

La duración del presente contrato será de **un año**, a partir de la fecha de la firma y se prorrogará automáticamente, por períodos anuales sucesivos, de no mediar comunicación escrita y fehaciente en contrario, con diez días naturales de antelación a la fecha de terminación, por la parte que no desee continuar.

No obstante, **el contrato podrá ser resuelto en cualquier momento**, sin penalización alguna para ninguna de las partes, mediando una comunicación escrita y fehaciente dirigida a la otra parte con diez días naturales de antelación a la fecha de resolución.

5. Exclusividad en el aprovisionamiento.

El Franquiciado venderá únicamente aquellos productos que hayan sido incluidos por el *Franquiciador* en la lista de productos autorizados para su venta. Esta obligación se refiere exclusivamente a los productos suministrados por APP, de manera que **El Franquiciado, podrá comercializar otros productos diferentes, pero en ningún caso, podrá comercializar productos que entren en competencia con los suministrados por APP**. En la duda, se obliga a solicitar autorización escrita a APP describiendo el producto que pretende comercializar. *Sin embargo, el Franquiciador* no se encontrará obligado al aprovisionamiento del *Franquiciado* en tanto éste no se encuentre al corriente de pago de todas las facturas que haya emitido el franquiciador o por los incumplimientos parciales del contrato que, en su caso, haya realizado el *Franquiciado*.

6. **Obligaciones del Franquiciador.**

- a) El *Franquiciador* garantizará el aprovisionamiento de productos para la explotación del negocio por el *Franquiciado*. Los productos se suministrarán con **los gastos de transporte de envío al franquiciado gratuitos**, pero los gastos de transporte correspondientes a devoluciones y a gestión de las garantías de los productos vendidos, serán de cuenta del franquiciado.
- b) Facilitará al *Franquiciado* la formación inicial necesaria para desenvolverse en el negocio que se le asigna a través del contrato de Franquicia en materia de técnicas de venta y marketing, implantación de producto en tienda, atención al cliente y administración y gestión del negocio.
- c) El *Franquiciador* se obliga a comunicar al *Franquiciado* un stock mínimo de apertura, el cual es definido según las características de la zona y capacidad del punto de venta.
- d) El *Franquiciador* realizará las acciones publicitarias que se estimen necesarias en beneficio de la red.
- e) El franquiciador respetará una distancia de **exclusividad con un radio de 500 mts** del local del franquiciado descrito en este contrato.
- f) El *Franquiciador* instruirá al *Franquiciado* sobre el proyecto de decoración y adecuación del local objeto de la franquicia.

7. **Obligaciones del Franquiciado.**

- a) El *Franquiciado* se obliga a seguir los cursos de formación necesarios, impartidos por el *Franquiciador*, siendo su costo a cargo del *Franquiciador*, incluyendo los gastos de hospedaje, pero no los de transporte, ni los de manutención. La asistencia al curso de formación que se celebrará en Valencia capital, durante --- días y será impartido por el *Franquiciador*, es absolutamente obligatoria. **Sin ella, el presente contrato no surtirá efecto alguno entre las partes.**

- b) El *Franquiciado* se obliga a no abastecerse ni distribuir productos que no hubieran sido aprobados expresamente por el *Franquiciador*, salvo las excepciones establecidas en la estipulación 5.
- c) El *Franquiciado* respetará escrupulosamente los períodos de garantía de los productos vendidos, conforme a la lista que le proporcione el *Franquiciador*.
- d) El *Franquiciado* se obliga a decorar el local conforme a las instrucciones del *Franquiciador*. En todo caso los gastos de decoración serán de cuenta del *Franquiciado*. Una vez terminada la decoración y pintura del local enviará unas fotos del local al *Franquiciador*, a efectos acreditativos de que ha cumplido las instrucciones de éste.
- e) El *Franquiciado* venderá los productos o prestará los servicios que constituyen el objeto del *Franquiciador* conforme a la lista de precios recomendados que periódicamente establezca éste, a través de la página web y del sistema de información del programa informático.
- f) Las ventas promocionales, saldos y rebajas serán determinadas por el *Franquiciador*, en las fechas que éste indique, para todo el territorio nacional, con pleno respeto de la legislación aplicable en cada momento y territorio.
- g) El *Franquiciado* deberá permanecer abierto al público en horario de mañana y tarde, de lunes a viernes inclusive, excepto festivos y los sábados por la mañana y respetar la legislación sobre apertura y cierre de comercios en domingos y festivos, adaptándose a los usos y costumbres locales.
- h) Todos los elementos utilizados en la consecución del objeto del Contrato de Franquicia irán identificados convenientemente con las palabras denominativas, logotipos, diseños y colores que el *Franquiciador* estipule. Además se ajustarán a las directrices y calidades expresamente aprobadas por el *Franquiciador*, o suministradas por el mismo.
- i) El *Franquiciado* se compromete a no utilizar ninguna denominación comercial, marca o marcas distintas a las del *Franquiciador*, en relación con la explotación de la franquicia otorgada en virtud del presente contrato. Asimismo, el *Franquiciado* se compromete a no divulgar el

saber hacer del *Franquiciador* y a no utilizar dicho saber hacer, ni la marca objeto del contrato para fines distintos de los establecidos en el mismo.

- j) El Franquiciado se obliga a instalar en soporte informático el software de gestión que el Franquiciador le indique y utilizar únicamente dicho software para presupuestar, pedir material y facturar en su normal funcionamiento de negocio. El Franquiciado reconoce que una parte importante de la formación y del conocimiento de la franquicia corresponde al programa informático que posibilita la comunicación en tiempo real entre el Franquiciador, el Franquiciado, la logística, los transportes, marcas y mayoristas, los clientes finales y la página.
- k) Dicho programa posibilita la coordinación entre todos ellos, imprescindible para el buen funcionamiento del negocio.
- l) El *Franquiciado* queda obligado a comunicar al *Franquiciador* toda la experiencia obtenida en el marco de la explotación del presente contrato de franquicia, a informarle de toda infracción de los derechos de propiedad industrial concedidos y a asistirle en cualquier acción legal contra los infractores.

8. Retribución y forma de pago

El *Franquiciado* deberá pagar al *Franquiciador*, en concepto de retribución por el otorgamiento de la presente franquicia la cantidad de QUINIENTOS EUROS (500.- €), más el I.V.A. correspondiente que, en estos momentos asciende a OCHENTA EUROS (105.- €), como contribución inicial, que se abona a la firma de este contrato, sirviendo el mismo como carta de pago.

Asimismo, **con carácter anual, el *Franquiciado* deberá satisfacer la cantidad de DOSCIENTOS EUROS (200.- €)**, más el I.V.A. correspondiente que, en estos momentos asciende a TREINTA Y DOS EUROS (32 €). Estas dos cantidades se actualizarán anualmente con arreglo a la variación que haya experimentado en el último año en el territorio nacional, el Índice General de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística de España u Organismo que le sustituya.

El pago de los productos suministrados por el *Franquiciador*, así como de las cuotas periódicas, se realizará por adelantado mediante ingreso en la cuenta arriba detallada.

La cuota mensual, a partir de la firma del presente contrato, será gratuita durante la vigencia del mismo.

9. Término y resolución.

- 1) El presente Contrato quedará extinguido por cualquiera de los siguientes causas:
 - a) Por voluntad de cualquiera de las partes, mediando el preaviso establecido en la estipulación 4ª de este contrato.
 - b) El *Franquiciador* podrá rescindir anticipadamente este Contrato en el caso de que el *Franquiciado* incurra en alguna de las faltas que siguen:
 - b.1 Violación de la cláusula de exclusividad en el aprovisionamiento respecto a los productos suministrados por APP.
 - b.2 Incumplimiento de la obligación de atender las garantías de los productos suministrados a los clientes.
 - b.3. Trasladar a otro establecimiento no franquiciado las mercancías objeto de la Franquicia, sin consentimiento expreso y por escrito del *Franquiciador* o ceder el contrato a un tercero, sin autorización escrita del *franquiciador*.
 - b.4. Si el *Franquiciado* se hallase en situación de insolvencia o fuese declarado en situación legal de concurso de acreedores.
 - b.5. En el caso de que el *Franquiciado* haya procedido a la cesión de derechos que se le otorgan en virtud de este Contrato.
 - b.6. En el supuesto de que el *Franquiciado* incumpla, en tiempo y forma, sus obligaciones de pago frente al *Franquiciador*.
 - b.7. En el caso de que adquiriese intereses o participación, directa o indirecta, en una actividad comercial en competencia directa y desleal con la cadena de franquicia.

b.8. En caso de ruptura unilateral del contrato por parte del *Franquiciado* o por hechos que le fueren imputables

2) El *Franquiciado* podrá rescindir anticipadamente el presente Contrato por incumplimiento del *Franquiciador* de las obligaciones que asume en el mismo.

3) Sin perjuicio de la extinción del presente Contrato, sea cual fuere la causa, se mantendrá en vigor las siguientes obligaciones recíprocas:

a) Cumplir los compromisos de pago asumidos en el presente documento hasta el total saldo y finiquito de las relaciones recíprocas.

b) No divulgar ni utilizar el saber hacer concedido por el *Franquiciador*, ni sus programas y aplicaciones informáticas durante los dos años siguientes a la finalización del presente contrato, salvo que dicho saber hacer haya devenido de general conocimiento.

c) El *Franquiciado* deberá cesar en la utilización de toda marca, logotipo, carteles o nombre comercial cuya titularidad ostente el *Franquiciador* y retirarlo de los escaparates y de cualquier lugar visible al público, de forma que evite cualquier confusión con otras tiendas de la franquicia. Asimismo, deberá eliminar el Color Verde PANTONE N°3272, de la pintura del local, y sustituirlo por otro completamente distinto. El incumplimiento del *Franquiciado* de la presente estipulación dará derecho al *Franquiciador* al cobro de una indemnización de TRESCIENTOS Euros (300.- €) diarios en tanto no se produzca su cumplimiento; ello sin perjuicio de las reclamaciones por daños y perjuicios a que el citado incumplimiento pudiere dar lugar.

d) Si se produce la rescisión anticipada de este Contrato en los supuestos de incumplimiento del *Franquiciado*, o bien si la resolución del Contrato es por voluntad del *Franquiciado*, con el preaviso que se determina en este contrato, el *Franquiciado*:

d.1.) No podrá continuar ejerciendo en el mismo local actividades de naturaleza idéntica, similar o conexas con aquella que constituye el objeto del presente Contrato de Franquicia, ni tampoco podrá desarrollar la actividad de tienda de informática, en dicho local, por sí mismo ni por medio de terceras personas, o mediante su participación en sociedades mercantiles.

Esta prohibición no será de aplicación si el *Franquiciado*, al suscribir el contrato de franquicia con APP, fuese propietario del local, o durante la vigencia del contrato, hubiese adquirido la propiedad de dicho local.

d.2.) Tampoco podrá unirse a otra cadena de tiendas de Informática, Central de pedidos o de compras, Cooperativa o Agrupación de tiendas, que puedan ser competencia del Franquiciador actual, manteniéndose en tal prohibición durante los dos años posteriores a la fecha de la extinción de la relación contractual que vincula a las partes. Dentro de este período únicamente podrá ejercer la actividad de tienda informática de forma independiente y en local distinto del inicialmente destinado a esta franquicia.

El incumplimiento por el *Franquiciado* de estas obligaciones contempladas en estos apartados d.1.) y d.2.) dará derecho al *Franquiciador* al cobro de una indemnización de SEIS MIL Euros (6.000.- €), sin perjuicio de las reclamaciones por daños y perjuicios a que el citado incumplimiento pudiere dar lugar.

Asimismo, si el franquiciado incumpliese la obligación de suministrarse en exclusiva del Franquiciador deberá indemnizar a éste con una multa equivalente al doble del importe de la cuota de entrada, cada vez que se produjera este incumplimiento.

10. Arbitraje y competencia judicial.

En caso de producirse cualquier divergencia, discrepancia, litigio o diferencia de interpretación sobre el contenido o la aplicación del presente contrato, ambas partes se someten expresamente, y con renuncia a su propio fuero, a la decisión del asunto o litigio planteado, mediante el Arbitraje institucional de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, a la cual encargan la administración del arbitraje y la designación de árbitros. El arbitraje será de Derecho y se desarrollará por el procedimiento abreviado.

Igualmente las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte.

En el supuesto de que el arbitraje no llegase a realizarse por mutuo acuerdo de las partes o bien fuese declarado nulo, ambas partes se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Valencia, con renuncia a su propio fuero.

11. Información precontractual.

El *Franquiciado* reconoce que el presente documento le ha sido entregado con una antelación superior a los veinte (20) días de la firma del mismo y que ha recibido toda la información precontractual exigida por el Real Decreto 2485/1998, dentro de los plazos establecidos en el mismo.

Ambas partes se ratifican en el contenido del presente documento, y en prueba de ello lo firman por duplicado ejemplar y a un solo efecto, en el lugar y fecha al principio indicados.

CLAUSULA TRANSITORIA.

En el supuesto de que el firmante del contrato sea un antiguo franquiciado que haya decidido suscribir este nuevo contrato, no le serán de aplicación aquéllas obligaciones que en este contrato se han establecido específicamente para los franquiciados nuevos, como el asistir al curso de formación, el enviar fotos del local, pagar la cuota de entrada, etc., que serán únicamente exigibles a dichos franquiciados nuevos.

Asimismo, el franquiciador respetará la distancia de exclusividad que tenía concedida el franquiciado en el primitivo contrato.

El franquiciador abonará anualmente los bonos por el método de gestión habitual de la franquicia.

Los bonos son del 1% y pueden llegar hasta el 3% dependiendo de la facturación generada por cada franquiciado, actualizándose de forma constante por medio del programa de gestión en cada compra realizada por el franquiciado y estando accesible dicha información para el franquiciado en tiempo real, a través de dicho programa de gestión.

CLAUSULA DEROGATORIA.

En el supuesto de que el firmante del contrato sea un antiguo franquiciado que haya decidido suscribir este nuevo contrato, el antiguo contrato de franquicia quedará resuelto y sin efecto alguno, desde esta misma fecha, sin que ninguna de las partes tenga nada que reclamarse como consecuencia del contrato resuelto.

Ambas partes se ratifican en el contenido del presente documento, y en prueba de ello lo firman por duplicado ejemplar y a un solo efecto, en el lugar y fecha al principio indicados.

EL FRANQUICIADOR

EL FRANQUICIADO