

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Análisis comparativo de los contratos de
franquicia y concesión comercial**

- Tesis de Licenciatura -

Jacqueline Jamileth Rabanales Ochoa

Quetzaltenango, mayo 2013

**Análisis comparativo de los contratos de
franquicia y concesión comercial**

-Tesis de Licenciatura-

Jacqueline Jamileth Rabanales Ochoa

Quetzaltenango, mayo 2013

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica y Secretaria General	M. Sc. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M.A. César Augusto Custodio Cóbar

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano	M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Coordinador de Exámenes Privados	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador del Departamento de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Director del programa de tesis	Dr. Carlos Interiano
Coordinador de Cátedra	M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Asesor de Tesis	M. Sc. Mario Jo Chang
Revisor de Tesis	M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Fred Manuel Batlle Ríó

Lic. Mario Jo Chang

Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez

Licda. María Eugenia Samayoa Quiñonez

Segunda Fase

Lic. Sergio Armando Teni Aguayo

Licda. María Victoria Arreaga Maldonado

Licda. Vilma Corina Bustamante Tuche

Licda. Karin Virginia Romero Figueroa

Tercera Fase

Lic. Eduardo Galván Casasola

Dr. Jorge Egberto Canel García


M.Sc. Mario Jo Chang

Lic. Arnoldo Pinto Morales

Lic. Sergio Armando Teni Aguayo

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, tres de agosto de dos mil doce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y CONCESIÓN COMERCIAL**, presentado por **JACQUELINE JAMILETH RABANALES OCHOA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **MARIO JO CHANG**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JACQUELINE JAMILETH RABANALES OCHOA**

Título de la tesis: **ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y CONCESIÓN COMERCIAL**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 8 de octubre de 2012


"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

M. Sc. Mario Jo Chang
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dieciséis de octubre de dos mil doce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y CONCESIÓN COMERCIAL**, presentado por **JACQUELINE JAMILETH RABANALES OCHOA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **JOAQUÍN RODRIGO FLORES GUZMÁN**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JACQUELINE JAMILETH RABANALES OCHOA**

Título de la tesis: **ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y CONCESIÓN COMERCIAL**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 08 de febrero de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **JACQUELINE JAMILETH RABANALES OCHOA**

Título de la tesis: **ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y CONCESIÓN COMERCIAL**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 18 de marzo de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Carlos Interián
Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **JACQUELINE JAMILETH RABANALES OCHOA**

Título de la tesis: **ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y CONCESIÓN COMERCIAL**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

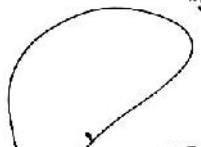
Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

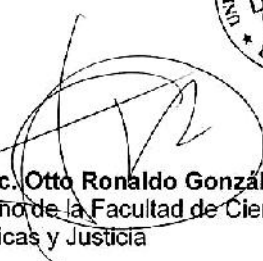
Guatemala, 21 de marzo de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
C.E. AECTV2


Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido de la presente investigación.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Contrato de franquicia	1
Contrato de concesión comercial	26
Análisis comparativo de los contratos atípicos de franquicia y concesión comercial	43
Diferencias	44
Conclusiones	47
Referencias	49

Resumen

En este estudio de análisis comparativo de los contratos de franquicia y concesión comercial, se hizo referencia a los antecedentes, terminologías, definiciones, características, naturaleza jurídica, clases, elementos, obligaciones de cada una de las partes, logrando determinar las diferencias y similitudes más marcadas entre estos contratos.

La concesión del uso de marca y el pago de prestaciones periódicas diferencian totalmente al contrato de concesión comercial de la franquicia. En la concesión no hay licencia de marca, el concesionario no tiene permiso de usar la marca del concedente en otros o en sus propios productos, simplemente adquiere mercadería conocida bajo un nombre comercial o marca que revende, solo puede utilizar la marca en conjunción con la venta del producto cuya reventa el concedente le ha autorizado. Tampoco en la concesión, se concede un método de comercialización, sino que solo se fijan pautas.

Una de las similitudes determinadas en este análisis del contrato de franquicia y el de concesión comercial es, en la concesión, el concesionario actúa en nombre propio, compra lo que le da el concedente y lo revende y la remuneración es la diferencia de precio. El franquiciador actúa de la misma forma, compra la mercancía que luego revende. Se diferencian en que para acceder a la franquicia, el

franquiciado debe efectuar un pago en concepto de regalías, al iniciar el negocio y periódicamente. El otorgamiento de la concesión no requiere el desembolso de suma alguna por parte del concesionario como canon, pero si se obliga a pagar el precio de los productos que le vende el concedente.

Palabras clave

Franquiciante. Franquiciado. Concedente. Concesionario.

Introducción

El continuo desenvolvimiento de tecnologías, el fenómeno del comercio exterior y los intercambios comerciales, la paulatina disminución del comerciante y la creatividad de los hombres de negocios y desarrollos de nuevos comportamientos sociales hacen que hoy en día que nada permanezca estático sino en permanente evolución y movimientos. En torno a este estado continuo de cambio aparecen nuevas tendencias que se extienden por todo el ámbito del sistema económico mundial.

Esta es la razón por la que actualmente en la práctica de los negocios, una importante cantidad de contratos son atípicos, es decir que no están previstos y regulados en la ley. Este tipo de contratación se ha hecho muy frecuente, ya que los comerciantes no se atienen a dejar sus negocios a los modelos jurídicos tradicionales sino que generan nuevas operaciones y maneras de contratación mercantil.

El trabajo consiste en hacer un análisis comparativo de los contratos atípicos de franquicia y concesión comercial para dar a conocer las diferencias y similitudes más marcadas entre estos dos contratos para evitar confusiones en la contratación mercantil. El objetivo de este estudio es establecer si con el análisis comparativo de estos contratos atípicos en la contratación mercantil existen confusiones en su aplicación.

Contrato de franquicia

Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González en el libro, *El Notario ante la contratación Civil y Mercantil*, hacen referencia a los antecedentes históricos del contrato de franquicia.

Este contrato tiene sus antecedentes históricos, en cuanto a su aparición en los Estados Unidos de América, a finales del siglo XIX. En el resto del mundo comienza a cobrar auge a partir de la tercera década del siglo XX, pero en particular se consagra como uno de los contratos más utilizados con posterioridad a la segunda guerra mundial. (2011: 653)

Este contrato se ubica dentro del grupo de contratos mercantiles, generalmente atípicos, que se refieren a la transferencia de tecnología, dentro de los cuales también puede mencionarse, por ejemplo, al contrato de *knowhow*; o sea que el contrato de franquicia representa una de las maneras como se da la concesión de parte de una empresa a otra.

Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, en el libro, *El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil*, hacen referencia al concepto del contrato franquicia:

“El contrato de franquicia tiene por objeto que por lo regular una persona jurídica obtiene de otra el permiso o autorización necesaria para distribuir y comercializar las mercaderías o servicios, con la marca y los procedimientos que le han sido proporcionados”. (2011:653)

En este sentido, quizá la forma más práctica de comprender la figura es pensar en la diversidad de restaurantes de comida rápida que existen en Guatemala y cuya marca original proviene de otros países. Para el efecto, mediante la cual un nacional se ha comunicado con el extranjero para la obtención de permiso (franquicia), la cual se materializa en el contrato de franquicia, en donde se establecen las condiciones, plazo, formas y demás aspectos sobre cómo podrá utilizarse la licencia otorgada.

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, Franquicia significa: “1.f. Exención que se concede a alguien para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público. / 2.f. Concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada”.

A continuación se presentan algunas definiciones de contrato de franquicia:

En el artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial de México (junio de 1991) se establece que:

Existirá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le

concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendentes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que esta distingue.

Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, en el libro, *El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil*, definen la franquicia como: “El *franchising* es la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión de métodos y medios de venta”. (2011:656)

Osvaldo Marzorati, en el libro, *Sistema de Distribución Comercial*, la Franquicia puede ser definida de esta manera:

El contrato de franquicia es aquel celebrado por escrito en el cual el otorgante ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción, vender o distribuir bienes o prestar servicios en forma exclusiva, creando una relación de asistencia del otorgante con carácter permanente, bajo el control de éste, al amparo de una marca, nombre comercial o seña, propiedad del otorgante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales. (1990:194)

Arturo Díaz Bravo, en el libro, *Contratos Mercantiles*, define el contrato de franquicia de la siguiente manera:

Es aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciario la licencia de uso de una marca con el derecho de distribuir ciertos productos o explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca y nombre comercial, a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación.(1994:215)

René Arturo Villegas Lara, en el libro El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil, cita la definición que a la franquicia comercial da la Asociación Internacional de Franquicia, así:

Es una relación contractual ente un franquiciante y un franquiciado en la cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como el *Know-how* y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo a un procedimiento común o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquel una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio. (2011:654)

De las definiciones anteriormente apuntadas, se puede deducir que franquicia es un contrato, un negocio jurídico entre dos personas o entidades, mediante el cual el llamado franquiciante o franquiciador, permite al franquiciado, la explotación de un negocio exitoso y la comercialización de un producto o un servicio. Por medio de este contrato el comerciante que no tiene el conocimiento se aprovecha del que ha invertido y arriesgado, pagándole por esto, pero por supuesto comprometiéndose a cuidar el nombre, la marca y el prestigio comercial y proveyendo el producto como lo haría el franquiciante en su local comercial.

Naturaleza jurídica

A continuación se presenta un análisis personal sobre la naturaleza jurídica del contrato de franquicia.

De las obligaciones que asumen las partes puede concluirse que el contrato de franquicia es un contrato de naturaleza compleja, en el cual

se combinan distintas figuras contractuales. El contrato central y principal es la licencia para el uso de una marca y un nombre comercial. Complementariamente, se puede celebrar un contrato de arrendamiento de bienes o equipos que proporcione el franquiciante y un arrendamiento de servicios, en tanto el franquiciante se obliga a prestar distintos tipos de servicios. Así también puede integrar la franquicia un pacto de suministro.

Características

Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, en el libro, El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil, establece las características del contrato de franquicia, las cuales son: (2011: 656)

- Principal, ya que tiene fines y vida propia, existe y tiene validez independiente de cualquier otro contrato;
- Bilateral, existen derechos y obligaciones para ambas partes;
- Oneroso, es posible que en determinado momento uno de los condueños venda a otro, en ejercicio del derecho de tanteo;
- Conmutativo, desde que se otorga el contrato, cada una de las partes conoce si ha logrado una ganancia o una pérdida;
- De tracto sucesivo, debido a que el cumplimiento de las obligaciones se realizará en un determinado lapso y no de manera instantánea;

- De resultado, el cumplimiento del contrato ocurrirá con la aceptación de la obra, o de las fases que se paguen, con lo cual interesa no tanto la actividad que se realice, sino también el resultado, es decir, el aspecto cualitativo que sea satisfactorio para el contratante;
- Atípico, debido a que no se encuentra regulado dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Clases

Como se dará a conocer a continuación, hay más de una clasificación de los contratos de franquicia, pero una de las más utilizadas por los autores Velásquez Restrepo, Irazábal, Morejón y Barbadillo, es la que diferencia las franquicias por el tipo de relación que mantienen los participantes, esta clasificación divide las franquicias en industrial, de distribución y de servicio.

En la revista jurídica electrónica del Bufete Velásquez Restrepo Abogados, existen tres clases de franquicia siendo éstas: (2008:4)

- Franquicia Industrial, es aquella donde el fabricante del producto, o sea el franquiciante, cede el derecho al franquiciado de fabricar y comercializar el producto con su marca original. En esta clase de franquicia se requiere de la transferencia por parte del franquiciante al franquiciado del *knowhow* (procesos y estrategias empresariales necesarias para

reproducir el concepto del negocio) y la patente necesaria para la fabricación del producto, además del otorgamiento de la licencia de marca;

- Franquicia de distribución, a diferencia de la anterior, en esta clase de franquicia es el mismo franquiciante el que fabrica los productos y además es propietario de la marca, pero cede al franquiciado el derecho de distribuir el producto, el derecho marcario, la utilización de la imagen corporativa y el *knowhow* (procedimientos administrativos y de ventas, etc.); Igualmente, se da el caso en que un franquiciante puede distribuir productos fabricados por terceros a través de una cadena de puntos de venta franquiciados que tienen como distinción la marca propiedad del franquiciante, la cual es cedida en derecho al franquiciado;
- Franquicia de servicio, el franquiciante cede el derecho al franquiciado de utilizar y comercializar el *knowhow* (metodología o sistema original) específico para la prestación de un servicio con trayectoria y aceptación en el mercado, y con un nombre ya acreditado, el cual, igualmente, cede el derecho al franquiciado de utilizarlo.

René Arturo Villegas Lara en el libro, Derecho Mercantil Guatemalteco, clasifica el contrato de franquicia en tres modalidades: (2000:369)

- Franquicia piloto o franquicia máster, que es aquella en que se establece una empresa intermedia encargada de controlar a los franquiciados que en una zona hayan celebrado contratos de tal naturaleza. En este caso se considera que se dan contratos de sub-franquicia, pues el franquiciante ha delegado en la empresa máster todas las facultades que él tendría con respecto al franquiciado;
- Franquicia directa, es aquella que se celebra entre franquiciante y franquiciado;
- Franquicia tecnológica, o sea aquella en que, a partir de efecto propio del contrato, el franquiciado desarrolla su propia tecnología;

Por su parte, América Alicia Irazábal, en el libro, Franquicia Manual de Negocios, presenta la siguiente clasificación: (2009:33)

- ✓ De producto, para dedicarse a la venta en forma exclusiva de uno o varios productos de determinada marca;
- ✓ De servicios, para realizar prestaciones de servicios bajo una marca determinada;

- ✓ Franquicia maestra, también llamada máster, en la que el franquiciante concede al franquiciado la exclusividad de determinada área geográfica, quedando autorizado para conceder sub-franquicias. Este es un formato que a veces utilizan las empresas para desarrollar su marca en un área donde no tiene presencia hasta el momento, y que requiere por parte del máster franquiciado, importantes recursos económicos, financieros y humanos.

A continuación, la clasificación dada por el tratadista Santiago Barbadillo de María en el libro, *Invertir en Franquicias*, quien las divide por criterios de actividad, de ubicación y de relación franquiciador-franquiciado: (2009:67)

- Criterio de actividad...sería la que diferencia a la franquicia industrial de la comercial;
- Franquicia industrial. El franquiciador es poseedor de un sistema de fabricación y o patentes exclusivas que concede a otro fabricante que lo sustituye en una zona concreta.

Del mismo autor son las siguientes expresiones: (2009:69)

- ✓ Franquicia comercial, que a su vez se subdivide en. Franquicia de distribución o de producto, es la que tiene por objeto la comercialización de uno o varios productos. Entre éstas se encuentran las de sectores como moda, joyería, bisutería,

cosmética, mobiliario, producto auxiliar y de decoración, juguetería, etc.;

- ✓ Franquicia de servicios, es objeto de este tipo de negocio la prestación de servicio o conjunto de servicios que el franquiciado comercializa bajo una determinada metodología que el franquiciador le ha transmitido. Este tipo de franquicias necesita de un mayor control para garantizar la calidad del servicio que se está prestando.

Criterio de ubicación: (2009:70)

- ✓ Franquicia córner, en esta clase de franquicia, el franquiciado deberá delimitar dentro del espacio de venta total, un área específica, debidamente identificada que permite diferenciarla del resto del espacio de venta;
- ✓ Criterio de relación franquiciador-franquiciado. Participación accionarial,atendiendo a la composición accionarial de las partes implicadas en la relación, podríamos hablar de franquicia participativa o asociativa, que es aquella en la que una de las partes participa en el accionariado de la otra.

Continuando con la división de Santiago Barbadillo de María en el libro, Invertir en Franquicias, a saber: (2009:70)

- ✓ Importancia del franquiciado, en algunas ocasiones el franquiciado juega un papel esencial como es el caso de la

franquicia máster o principal, en la cual el franquiciado pasa a jugar el papel de franquiciador de otras franquicias individuales de la misma red, en determinada zona. Esta modalidad de franquicia adquiere una gran importancia en el proceso de internacionalización de la franquicia, siendo muy habitual en la exportación e importación de sistemas.

Elementos esenciales del contrato de franquicia

En el presente apartado se desarrollan los elementos del contrato de franquicia, mismos que forman parte de los aspectos fundamentales de dicho contrato.

Para Carlos Vásquez Ortiz, en el manual, Los Contratos, Derecho Civil IV, libro sin fecha de publicación, establece los elementos del contrato de franquicia, siendo los siguientes:

En un sentido amplio, los elementos de un contrato lo conforman sus partes o componentes, algunos indispensables para su validez, otros no tan indispensables, pero sin los cuales el negocio jurídico no tendría sentido, y otros más a los que se les puede llamar eventuales, que pueden incluirse o no, pero que no afectan la validez del mismo.

Según Carlos Vásquez Ortiz, doctrinariamente dichos elementos se clasifican en esenciales, sin los cuales el negocio jurídico no tiene validez; naturales, son los que normalmente acompañan al negocio jurídico, se les sobreentiende aun cuando no se expresen; y accidentales,

son aquellos que se pueden añadir al negocio por voluntad de las partes pero que no son necesarios para su validez.

Otra clasificación aportada por el mismo autor divide los elementos en personales, refiriéndose a los sujetos que intervienen en el contrato; reales, entre éstos se pueden mencionar a los bienes; y formales, que de conformidad con el Código Civil guatemalteco en el artículo 1575, todo contrato mercantil que su valor exceda los mil quetzales deberá hacerse por escrito.

A continuación se anotan las clasificaciones efectuadas por tratadistas sobre los elementos del contrato de franquicia.

Ailed Morejón Grillo, en la Tesis, El contrato de Franquicia, tesis sin fecha de publicación, considera que los elementos del contrato de franquicia son los siguientes:

1. Elementos personales:

- 1.1. El franquiciante o franquiciador, que no solo debe disponer de una empresa solvente y con prestigio comercial en el sector, sino también debe tener un excelente concepto de negocio. Dicho negocio debe aportar novedades e incrementar valores en el producto o servicio y en la forma de comercializarlo;

- 1.2 El franquiciado, es la persona física o entidad que debe llenar ciertas condiciones para obtener el derecho a comercializar y explotar productos o servicios, bajo

la dirección, y con las técnicas que le proporcione el franquiciante;

2. Elementos formales, Ailed Morejón Grillo considera que el contrato de franquicia es solemne, ya que en algunos países de Hispanoamérica, este negocio jurídico exige una formalidad especial para su perfección, dicha formalidad consiste en la inscripción registral en la oficina de la propiedad industrial, para el nacimiento y eficacia de los derechos y obligaciones que emanan del contrato.

3. Elementos Reales

3.1 El activo intangible, está compuesto por todos los elementos que la propiedad industrial e intelectual protegen, estos son los signos distintivos de la empresa, marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, emblemas y lemas comerciales, así como modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, patentes, fórmulas, etc.;

3.2 El *knowhow* o saber hacer, es uno de los elementos más valiosos de este contrato. Conlleva todo el conjunto de conocimientos técnicos, métodos o procesos industriales, operativos, comerciales, y administrativos. Por medio de éste el franquiciador transmite todos sus

conocimientos derivados de la experiencia. Es el saber práctico de un empresario;

3.3 La asistencia técnica, ésta la presta el franquiciante al franquiciado a lo largo del contrato. La formación inicial resulta de vital importancia ya que con ésta complementa la información proporcionada en los manuales, patentes y fórmulas, la formación puede ser teórica o práctica, ya sea en la sede del franquiciante o del franquiciado, prestada por expertos o por los propios colaboradores;

3.4 El Precio, es la contraprestación que el franquiciado debe entregar al franquiciante, al momento de la entrega en uso de la cosa inmaterial. Está compuesto por el derecho de entrada o canon y las regalías también conocidas como *royalties*. El precio pactado debe ser cierto, no puede ser simulado, puede consistir en dinero o en títulos de crédito o valores, como cheque, pagaré, tarjeta de crédito, etc.

4. Elementos típicos, son todos aquellos elementos que distinguen al contrato de franquicia de los demás contratos, entre éstos se pueden citar:

4.1 Territorio, es el ámbito territorial donde el franquiciado desarrollará el contrato. Este elemento puede ser determinante para el éxito o el fracaso de la operación comercial;

4.2 La no competencia y las posibilidades de subfranquiciar, esta cláusula le impide al franquiciante la posibilidad de realizar negocios competitivos con el franquiciado, pero también puede ser una prohibición para éste impidiéndole sub- franquiciar el negocio;

4.3 Plazo de duración del contrato, no hay un plazo pre- establecido para este contrato, pero por lo general las partes tienden a establecer uno lo suficientemente largo para recuperar la inversión inicial hecha por el franquiciado. El plazo es prorrogable;

5. Elementos eventuales, como su nombre lo indica, éstos pueden o no ser parte del contrato, sin que por ello éste carezca de validez pero pueden llegar a ser determinantes en el contrato si así lo pactan las partes.

La doctrina en general reconoce las siguientes cláusulas que prohíben la competencia:

- Cláusula de suministros, que traduce la preocupación del titular de que la red de franquiciados presente un nivel homogéneo de apariencia y calidad de los productos o servicios comercializados. Estipulación de criterios referidos a la publicidad. Por razones obvias el marketing del producto o

servicio objeto del *franchising* estará bajo la dirección del titular o franquiciante;

- Confidencialidad, consiste en la obligación de secreto;
- Cláusulas de opción, para el franquiciado, tales como la opción de nuevo territorio: Prohibición de almacenar cosas extrañas a la franquicia, selección del personal por consultora predeterminada, facultad de sub-franquiciar, obligación de actuar pro-franquicia penalizando actos contrarios. Para el caso de que el franquiciado perjudicase de alguna forma el prestigio del negocio por acción u omisión deberá de pagar en carácter de pena, una determinada suma de dinero. Cláusula de prestigiar la franquicia.

Cabe mencionar, antes de continuar con los otros autores, que únicamente Morejón hace mención de los elementos eventuales del contrato de franquicia.

Santiago Barbadillo de María en el libro, *Invertir en Franquicias*, aporta otros elementos esenciales al contrato de franquicia, unos ya mencionados y otros muy distintos: (2009:23)

- a. El franquiciador y el franquiciado.
 - a.1. El franquiciador, ofrece mayor garantía de éxito cuando pone en marcha un proyecto en base a una experiencia propia en un determinado sector en el que ya opera;

- a.2. El franquiciado, se debe seleccionar al más adecuado tomando en cuenta el grado de iniciativa propia, que deberá ser suficiente para asumir las responsabilidades propias de la gestión del negocio y tener cierto grado de experiencia y conocimiento del mercado en el que opera, pero sin poner en peligro el modelo operacional que le ha transmitido el franquiciador;
- b. Concepto empresarial, el franquiciador deberá transmitir al franquiciado, además de la marca y del producto, un concepto empresarial propio, probado con éxito y rentable, para reducir los riesgos de fracaso;
- c. Unidades piloto, sirven para verificar la viabilidad del modelo que se pretende franquiciar y que posteriormente se transmitirá a la red de franquicias en las mismas condiciones, modificando aquellos aspectos que sean susceptibles de mejora. Además servirán como centros de formación para los franquiciados, así como de laboratorios de prueba de los nuevos sistemas de gestión;
- d. Transmisión bajo control o formación: d.1 Formación inicial, ésta se divide a su vez en dos fases, un periodo de formación teórico-práctico generalmente impartido en las instalaciones de establecimiento piloto, es en donde se lleva a cabo el

aprendizaje de la función y manejo de establecimiento franquiciador; el segundo periodo, se da durante la fase de lanzamiento y apertura del establecimiento franquiciado. Se lleva a cabo en las instalaciones de la unidad franquiciada por expertos proporcionados por el franquiciador. En esta fase se comprueba el funcionamiento de establecimiento en general;

- e. Formación continua, es recomendable que el franquiciado reciba formación de forma periódica, sobre todo de cursos sobre atención al cliente, trabajo en equipo, ventas, gestión, entre otros, que servirán de actualización ante el mercado cambiante, así como de introducción de nuevos productos o servicios o sistemas operativos, etc.;
- f. Apoyo al franquiciado, el apoyo al franquiciado debe darse en todo momento, no solo durante el entrenamiento o el lanzamiento del establecimiento, ya que de dicho apoyo depende la resolución de problemas que el franquiciado no pueda solucionar por su cuenta y que puedan poner en peligro el desempeño de su actividad comercial;
- g. Control de la red, es la supervisión de la labor de los establecimientos franquiciados. Es una herramienta que tiene el franquiciador para salvaguardar los niveles de calidad exigibles en toda red. Su finalidad tiene más que ver con la

prevención que con la penalización por las posibles debilidades encontradas.

Este control suele efectuarse a través de visitas periódicas pero sin tener una fecha específica para evitar que el franquiciado se prepare para las mismas. La visita se puede dar mediante dos modalidades: a través de empleados del franquiciador identificados y autorizados para tal efecto, o a través del llamado cliente misterioso en donde las visitas se dan sin el conocimiento del franquiciado.

De cualquier forma, en ambas visitas se llenará una lista o formulario de control, la cual se da a conocer al franquiciado antes de que dichas visitas se lleven a cabo. En la lista o formulario de control el visitante anotará los aspectos a evaluar y los resultados serán dados a conocer posteriormente al franquiciador. Estas visitas son sumamente importantes, ya que de ellas puede depender que el contrato siga o se resuelva en el caso que las faltasen graves.

América Alicia Irazábal, dentro del desarrollo de su libro, *Franquicias, Manual de Negocios*, contempla los siguientes elementos esenciales de una franquicia: (2009:28)

1. Partes independientes, se refiere a los sujetos que intervienen en el contrato.

- 1.1 El franquiciante, es quien ha inventado y desarrollado con éxito un modelo de negocio, el cual va a franquiciar;
- 1.2 El franquiciado, que es la persona o entidad que obtiene la autorización para prestar servicios u ofrecer productos, del franquiciante, en su propio negocio;
2. Productos o servicios o tecnología nueva o distinta, que será distribuido por el franquiciado;
3. Marca y elementos distintivos, son todos aquellos símbolos, colores, emblemas, letras, imágenes, frases publicitarias, etc., que distinguen a una entidad o producto y que son susceptibles de registrarse como tales. La propiedad de una marca solo puede justificarse mediante su registro, y éste es el que le da el uso exclusivo y la restricción de su uso a su propietario;
4. Transmisión del saber hacer *o know-how*, los conocimientos transferidos deben incluir todos los aspectos del negocio y ser particularmente explícitos y comprobables, abarcando toda la información concreta y relevante para la venta o prestación objeto de la franquicia, así como su presentación, todos los aspectos importantes vinculados con los clientes y los distintos aspectos de gestión (administración, finanzas, recursos humanos, etc.), y constar en los manuales operativos

que permitirán su transmisión a terceros y que se entregarán a los franquiciados para posibilitar la réplica del negocio;

5. Contraprestación económica. ésta contempla tres cánones:

5.1 Canon de entrada, consiste en un monto único que el franquiciante cobra a los franquiciados al momento de firmar el contrato. Este importe, permite en primer lugar a los franquiciados comercializar la marca, producto o servicio propiedad del franquiciante; y en segundo lugar permite al franquiciante cubrir algunos gastos que haya efectuado durante el apoyo brindado al inicio del montaje del negocio franquiciado;

5.2 Regalías, estos son pagos periódicos que el franquiciado hace al franquiciante a partir del momento en que pone en marcha su negocio y durante toda la vigencia del contrato por concepto de explotación de dicho negocio;

5.3 Canon de publicidad, este cubre los gastos de la publicidad institucional o de marca y está compartido con el franquiciante y todos los franquiciados;

6. Colaboración continuada y apoyo constante entre las partes, consiste en la comunicación frecuente entre franquiciante y franquiciado que permite conocer las alternativas del negocio y resolver cuestiones puntuales. La transferencia del

conocimiento efectuada por el franquiciante debe tener su correspondiente respuesta por parte del franquiciado, de quien, al mantener una vinculación constante, recibirá las observaciones que incrementarán los conocimientos e incluso posibilitarán la mejora de los procedimientos.

Los elementos anteriormente anotados son los considerados por los tratadistas citados, como los esenciales en todo contrato de franquicia; los mismos que pueden servir de guía a los comerciantes guatemaltecos al momento de concretar un negocio de tal magnitud. Ya que como se ha anotado anteriormente, en Guatemala no existe regulación específica para este tipo de contrato. Pero cabe resaltar que es recomendable hacerlo en escritura pública ante notario para que brinde certeza jurídica a las partes y al negocio en sí.

Derechos y obligaciones de las partes.

Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, en el libro, *El Notario Ante la Contratación Civil y Mercantil*, hacen referencia a los derechos del franquiciado. Los cuales son: (2011-658)

1. La transferencia de conocimiento y tecnología (*knowhow*);
2. La no competencia por parte del franquiciante;
3. Reingreso de información retroalimentación.

Para los autores Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, en el libro de “*El Notario ante la Contratación Civil y*

Mercantil”, hace referencia a las obligaciones del franquiciado. Los cuales son: (2011:658)

1. Afrontar con empresa propia el riesgo del negocio;
2. Adquirir el equipo y maquinaria necesarios, así como proveerse de las instalaciones que sean necesarias, como base en requerimientos del franquiciante;
3. Pagar el precio establecido como de entrada;
4. Pagar las regalías en la forma y modo estipulados;
5. Observar las instrucciones del franquiciante;
6. Si así se establece, deberá pagar por concepto del uso de marca.

Para los autores Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, en el libro de “El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil”, hace referencia a los derechos del franquiciante, los cuales son: (2011:658)

1. Recibir la suma establecida por concepto de derecho de entrada;
2. Recibir las regalías en la forma y modo establecidos;
3. Pedir que se mantenga la calidad del producto;
4. Controlar la contabilidad interna del franquiciado.

Requisitos a tomar en cuenta para el contrato de franquicia

Para los autores Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, en el libro, El Notario ante la Contratación Civil y

Mercantil”, hace referencia a los requisitos que se deben de tomar en cuenta para el contrato de franquicia, los cuales son: (2011:659)

- a. Debe delimitarse el territorio o zona geográfica a que se refiere el contrato para operar la franquicia, esto es importante ya que, como resulta lógico, no es lo mismo gozar de una franquicia para sólo un país, la región centroamericana o caribeña, o bien, a nivel latinoamericano;
- b. Es necesario también establecer si la franquicia tiene carácter de exclusividad o si no lo tiene. Con base en esta estipulación, si no se obtiene la exclusiva, podrá establecerse competencia entre los franquiciados lo cual puede resultar desventajoso, sin embargo, gozar de una exclusividad representa también afrontar mayores costos;
- c. El plazo es fundamental de que quede determinado, y puede establecerse para un período fijo, o bien, de forma indeterminada. En este último caso, se establece que al momento de existir deseo de rescindir el contrato debe existir un preaviso a la terminación;
- d. Un factor fundamental, lo cual interesa a una como a otra parte, se refiere a la supervisión;
- e. El elemento publicidad, debe establecerse de manera clara en cuanto a la forma y términos en que se llevará a cabo, en

particular porque al franquiciante le interesa preservar una imagen internacional que debe cumplir con los objetivos y metas generales de la empresa;

- f. La transferencia de conocimientos y tecnología que se resume en el *Knowhow*, debe tomar en cuenta el aspecto de la confidencialidad en su manejo, en particular porque esta responsabilidad se extiende inclusive más allá de la terminación del contrato;
- g. En el caso de que se necesiten de materias primas e insumos, deberá establecerse si éstos pueden ser adquiridos libremente por cuenta del franquiciado o bien si deberá adquirirlos del franquiciante;
- h. Con miras a futuro debe preverse el compromiso reciproco en compartir las innovaciones o mejoras que uno u otro pudieren realizar en los procesos productivos o de distribución y comercialización durante el tiempo de vigencia del contrato.

Extinción

En lo que se refiere a la extinción del contrato de franquicia, Osvaldo Marzorati señala en el libro: En centro américa, refiriéndose específicamente a la legislación guatemalteca, Decreto 78-71 del Congreso de la República, ley del contrato de agencia, distribución y representación; los aspectos de extinción y efectos, se pueden utilizar

en forma análoga así: En centro américa y Panama los contratos de agencia, distribución y representación se encuentran regulados por una legislación reciente de tipo proteccionista, la razón de esta legislación, ha sido la defensa del distribuidor local frente a su concedente extranjero y la desigualdad económica de las partes que se busca contrarrestar con la creación de un organismo que contribuya a tutelar los derechos de la parte considerada la más débil, pensamos que esta legislación puede aplicarse por analogía a los contratos de franquicia.

La anterior, es una opinión considerable de aplicar, pero no puede aplicarse en nuestro medio, ya que actualmente el Art. 280 del Código de Comercio (reformado por el Art. 1 del Decreto 8-98 del Congreso de la República en su último párrafo, establece: “Por el contrario, las disposiciones de este capítulo no serán aplicables a contratos... de franquicias comerciales.

Contrato de concesión comercial

René Arturo Villegas Lara, en el libro, El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil, hace mención a los antecedentes de la concesión comercial, los cuales son: (2011:314)

La concesión comercial ha surgido de la necesidad que tiene el comerciante principalmente a nivel industrial, de desentenderse de la comercialización directa de sus productos con relación al consumidor

final, utilizando a cambio a otras empresas cuyos titulares son los típicos comerciantes que intermedian entre productor y consumidor.

René Arturo Villegas Lara, en el libro, El notario ante la Contratación Civil y Mercantil, hace referencia al concepto del contrato de concesión comercial. No existiendo ley que tipifique este contrato, es obligado recurrir a la práctica comercial y a la doctrina para formular un concepto aproximado sobre lo que es la concesión comercial. Se considera que la concesión comercial existe:

Quando un comerciante concesionario pone su empresa de distribución o de venta en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial llamado concedente, para asegurar exclusivamente en un territorio determinado, durante un periodo limitado y bajo la vigilancia (dirección) del concedente, la distribución de sus productos, de los cuales que se le ha sido concedido el monopolio de reventa. (2011:314)

Jaime Arrubla, en el libro Contratos mercantiles, lo define así:

La concesión comercial o concesión propiamente dicha es la primera en aparecer en el mundo de los negocios e implica la obligación del concedente de utilizar al concesionario para la distribución de sus productos, permitiéndole el margen de utilidad de la reventa, pero recibiendo a cambio múltiples contraprestaciones por incorporar los servicios del concesionario a su red de distribuidores y obtener un servicio de post-venta para sus productos principalmente. (1995:325)

Oswaldo Marzorati, en el libro, Sistema de Distribución Comercial, ensayó lo que hoy constituye una definición clásica de la concesión comercial.

Es la convención por la cual un comerciante denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente, para asegurar exclusivamente, sobre un territorio determinado, por un tiempo limitado y bajo la vigilancia

del concedente, la distribución de productos de los que se le ha concedido el monopolio de reventa. (1990:113)

En mi opinión, el contrato de concesión comercial es un acuerdo de colaboración empresarial, por medio del cual una persona da a otra autorización para vender su producto en forma exclusiva, debiéndose sujetar a un reglamento.

Naturaleza Jurídica

A continuación se presenta un análisis personal sobre la naturaleza jurídica del contrato de concesión comercial.

Se ha intentado ver la concesión como una serie de compraventas comerciales. La compraventa es, no obstante, un contrato de cambio, se agota en las prestaciones recíprocas, mientras que la concesión es un convenio de carácter permanente, que no comprende sólo una serie de compraventas futuras, sino que la obligación del concesionario, es comercializar una parte de la producción del concedente, en las oportunidades y bajo las condiciones que éste fije. De ahí que se haya señalado que la concesión es un convenio de coordinación, en virtud del cual cada empresario explota su propia empresa, asume su propio riesgo y busca su propio lucro.

Características

René Arturo Villegas Lara, en el libro, Derecho Mercantil Guatemalteco, establece las características del contrato de concesión comercial, siendo las siguientes: (2006:315)

- Consensual, se perfecciona con el mero consentimiento, que crea ya las obligaciones emergentes del contrato;
- Bilateral, ambas partes del contrato resultan obligadas luego de su formación;
- Oneroso, hay ventajas económicas recíprocas, que se otorgan la una teniendo en mira la otra. Se estipulan provechos y gravámenes recíprocos;
- Conmutativo, tiene este carácter por determinar obligaciones ciertas y apreciables para las partes en el acto mismo en que se perfecciona;
- No formal, por ser un contrato atípico, rige el principio de libertad de formas, puesto que no hay formalidades establecidas de ninguna especie;
- De tracto sucesivo, se trata de un contrato de ejecución continuada o periódica, en el que hay un cumplimiento repetido en el tiempo que dure el contrato;

Para el derecho argentino es un contrato atípico: Código Civil Argentino Artículos 1138 y 1139.

- ✓ Bilateral, dado que las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra;
- ✓ Oneroso, porque las ventajas que procuran a una u otra de las partes les es concedida a cambio de una prestación que ella le ha realizado o se obliga a hacerle;
- ✓ De tracto sucesivo, ya que las prestaciones a cargo de ambas partes deben ser continuadas y cumplirse dentro de los períodos pactados;
- ✓ *Intuitupersonae*, porque para su celebración se tienen en cuenta determinadas características de los contratantes, especialmente respecto de la persona del franquiciatario o franquiciado;
- ✓ Colaboración, dado que el franquiciado necesita de la colaboración y asistencia continúa del franquiciador, y ambos tienen por objeto común la obtención de un crédito económico en base a la franquicia.

Elementos

René Arturo Villegas Lara, en el libro, Derecho Mercantil Guatemalteco, establece los elementos del contrato de concesión comercial, los cuales son: (2006:315)

Subjetivos

- Concedente, es el comerciante titular de una empresa que vende o concede a otra u otras empresas concesionarias, la facultad de

distribuir sus productos, confiándoles la responsabilidad de mantener una clientela y de aumentarla para la marca de sus productos;

- Concesionario, es el empresario que compra al concedente los productos que revende en su establecimiento, ofrece además servicios de post-venta y mantiene y conquista clientela para esos productos de marca, comprometiéndose a su tarea en forma exclusiva.

Objetivos

- El privilegio de reventa exclusiva de productos, bienes y servicios a favor de un comerciante independiente sobre un territorio determinado y por un tiempo limitado a su propio nombre y por su cuenta;
- El beneficio económico para ambas partes, la remuneración resultante de la diferencia del precio de compra con el de reventa para acrecentar la rentabilidad del producto, bien o servicios;

Formales

Por ser un contrato atípico, no existe formalidad alguna establecida por la legislación para su celebración, siendo apropiado realizar este contrato en forma escrita, en español y ante notario.

Otros elementos que configuran a este contrato son:

- **Autorización para adquirir productos del concedente**, este es el objeto principal del contrato de concesión: el concedente decide separar una actividad que le compete y otorga esa autorización al concesionario. Debe surgir claramente esa delegación por parte del concedente para que pueda determinarse la existencia de una concesión. El privilegio de adquirir productos del concedente, es la esencia de la concesión y ésta no puede existir sin el derecho del concesionario de comprar para revender los productos del concedente en una zona determinada.

- **Prestación o explotación de la concesión a nombre propio**, la prestación del servicio de pre y pos-venta a nombre, por cuenta y a riesgo del concesionario es otra finalidad común que ambas partes tienen en mira al contratar. Al decir que el concesionario actúa por su cuenta y a su riesgo, se entiende, que debe soportar el riesgo de la explotación. El concedente celebra el contrato para prestar el servicio, para asegurarlo, incluso en mejores condiciones, a los terceros. Por su parte el concesionario asume como principal obligación y adquiere también como principal derecho, la realización de la explotación concedida.

- **Autonomía**. El concesionario desempeña sus funciones con autonomía, en el sentido de que no se encuentra vinculado por una relación de dependencia jurídica, pero sí existe una subordinación

técnica y económica que pone en manos del concedente la decisión sobre:

1. La zona en que el concesionario debe actuar;
2. El modo de efectuar las ventas, con todas sus características y hasta los mínimos detalles;
3. La oportunidad, ya que el otorgante, por medio de las cuotas de productos que se obliga a entregar, que generalmente son estimativas y por tanto variables, puede regularlas de acuerdo con las oscilaciones del mercado o de la fabricación;
4. El tipo de producto o servicios a promover;
5. El stock de repuestos que debe mantener;
6. La designación de sub-concesionarios, revendedores o colaboradores;
7. La forma en que puede emplear el nombre, la marca o emblema del fabricante;
8. La uniformidad en la promoción de la publicidad;
9. La determinación del precio sugerido de reventa y la participación del concesionario o su ganancia le es fijada por el concedente.

Su autonomía en realidad radica en que conserva un patrimonio separado cuya ganancia y riesgo pertenecen y que es libre de dejar su negocio de concesión si lo juzga inconveniente.

- **Control**, siendo el contrato de concesión una delegación de actividad, el control de dicha actividad por el concedente es un elemento esencial. Tal control no significa una subordinación jurídica, puesto que el concesionario es autónomo. El control del concedente se manifiesta en la posibilidad de reglamentación y de vigilancia y es consecuencia de que el concedente necesita uniformar la actividad del concesionario y por tal razón se reserva la facultad de controlarlo, así como también la de modificar las condiciones en que presta la actividad en ciertos aspectos (precios, descuentos, materiales o mercadería a utilizar en la prestación, utilización de los emblemas e insignias del concedente, cualidades del personal que preste el servicio);

- **Exclusividad**. Esta es unilateral para el concesionario, ya que existe la prohibición de actuar en el mismo ramo para otras marcas y proveerse de otra fuente que no sea el concedente. Este en cambio puede designar otros concesionarios o vender directamente en la zona asignada a ciertos clientes si se previó en el contrato, o bien como manifestación de la autoridad que deriva de su situación de predominio. Sin embargo, hay quienes entienden que la exclusividad también rige para el concedente, es decir que es “compartida”, obligándolo a abstenerse de toda actividad competitiva directa o de vender a comerciantes no concesionarios.

En mi opinión, la exclusividad debe ser recíproca, ya que el fin es de beneficio para ambas partes y el concedente tiene la obligación de aprovisionar a aquellos que son sus concesionarios designados y no vender directamente al consumidor, con excepción de ciertas situaciones (empleados, exportaciones, ventas a ciertos consumidores).

Derechos y obligaciones de las partes

Los derechos y obligaciones de cada parte tienden a privilegiar la actuación del concedente-fabricante frente a cada uno de los concesionarios.

Obligaciones del concedente

A continuación se hace una breve referencia a las obligaciones del concedente.

- Mantener una corriente de aprovisionamiento de productos o mercaderías. No compromete un número determinado de entregas, sino una cifra de estimación, oscilante, cuyo contenido gradúa de acuerdo con el ritmo de fabricación, programación, demanda en la zona de promoción y política de ventas;
- Liquidar las operaciones en garantía, en forma oportuna;
- Establecer políticas de garantía, talleres de comercialización y suministro de repuestos uniformes para toda la red;
- Promover y publicitar los productos en forma global;

- Proporcionar a los concesionarios información técnica y capacitación para la mejor atención del usuario;
- Se obliga a vender o suministrar los productos del concesionario en los términos pactados. Si se establece una cláusula de exclusiva a su cargo, se obliga a no vender o suministrar los productos objeto del contrato a otros revendedores que estén establecidos en la zona o territorio del concesionario;
- La cláusula de exclusiva tiene con frecuencia un alcance limitado, en un doble sentido: a) En primer lugar, el concedente puede realizar otros contratos de concesión con otros empresarios para que actúen en la zona en la que ya existe un concesionario (es decir, nombrar otro en otros concesionarios que han de actuar conjuntamente en la zona); b) En segundo lugar, puede abastecer a algunos clientes que no sean revendedores, en su caso con pago de una indemnización al concesionario exclusivamente.
- No venden activamente sus productos en el territorio concedido;
- No fijar precios de que el distribuidor determina libremente;

Otras posibles podrían ser dependiendo del contrato:

- Realizar campañas publicitarias de promoción del objeto de la concesión;
- Prestar al concesionario gratuitamente algunos de los objeto del contrato para que los muestre a sus clientes, suministrando en las

fechas y con la periodicidad que se acuerde unos cupos mínimos de los objetos de la concesión;

- El concedente, especialmente si es fabricante ofrece una garantía de sus productos. Se considera contrario a las normas que tutelan la libre competencia las cláusulas que establezcan que la garantía se aplicaría únicamente a los productos adquiridos dentro de la zona del concesionario autorizado, en cuanto que la garantía debe ser independiente de su lugar original de adquisición.

Derechos del concedente

A continuación se hace una breve referencia de los derechos del concedente, los cuales son:

- Se beneficia con las ventas del concesionario, pero no carga con las obligaciones respecto de terceros;
- Si el concedente fuera responsabilizado frente a terceros, tendría derecho a repetir frente al concesionario, en virtud de la relación que los vincula;
- Determinar el precio sugerido de reventa y fijar la participación del concesionario o su ganancia;

Obligaciones del concesionario

A continuación se hace una breve referencia de las obligaciones del concesionario:

- Comprar para revender una cantidad mínima de productos;

- Tener instalaciones adecuadas para venta y servicio;
- Prestar un servicio de garantía y de mantenimiento;
- Respetar el territorio de los restantes concesionarios;
- Tener un inventario de repuestos acorde con sus responsabilidades de venta;
- Mantener un capital de trabajo adecuado a su giro;
- Promover la venta de los productos objeto de la concesión y participar en campañas de publicidad;
- Adoptar sistemas administrativos, financieros y contables del concedente;
- No comercializar productos competitivos con los del concedente;
- Comprar una determinada cantidad o cupo de producto o mercancía al concedente para su reventa durante un determinado período de tiempo, pudiendo pactarse el mantenimiento de un stock mínimo;
- Debe vender los productos bajo las normas y con el nombre del fabricante;
- No puede realizar otras actividades fuera del territorio establecido en el contrato;
- Con relación a determinados productos en el contrato, puede establecerse que el concesionario tiene la obligación de prestar determinados servicios postventa y en qué condiciones;

- El concesionario adquiere los productos del concedente a los precios que éste tiene fijados en su catálogo para posteriormente revenderlos a otros precios que deben ser libres (de la diferencia entre ambos precios deriva su beneficio);
- Se considera contraria a la libertad de competencia la cláusula que impone al cesionario unos determinados precios de reventa. Sin embargo no cae dentro de esta prohibición el hecho de que el concedente comunique al cesionario los precios recomendados de reventa, siempre que le deje libertad para aplicarlos o no;
- Debe asumir la obligación de seguir las instrucciones del concedente en materia de promoción, publicidad y venta, si así se determina en el contrato de concesión;
- No hacer competencia al concedente en el territorio estipulado en el contrato es decir, no fabricar ni distribuir bienes que hagan la competencia al producto objeto del contrato incluso durante un periodo superior al vencimiento del contrato;
- Con frecuencia pero no necesariamente, el concesionario asume la obligación de exclusiva a favor del concedente, debe abstenerse de comprar para su reventa productos a empresarios distintos al concedente. Sin embargo puede pactarse que no se viola esta obligación de exclusiva por parte del concesionario si se prevé la posibilidad de:

- ✓ Adquisición de productos de otros proveedores que les aporten a precios o condiciones más ventajosas.
- ✓ También puede pactarse que el concesionario podrá adquirir productos de un tercero en el caso de que el concedente se encuentre en la imposibilidad de suministrarlos.

Derechos del concesionario

A continuación se hace una breve referencia de los derechos del concesionario:

- El otorgamiento de un privilegio de reventa de los productos en una zona determinada;
- Comprar del concedente en condiciones más ventajosas;
- Que el concedente respete y haga respetar su monopolio de reventa en su territorio, si estuviera establecido;
- Usar gratuitamente la insignia y nombre comerciales del concedente;
- La realización de la explotación concedida por medio de la reventa de un producto bien o servicio específico.

Puede decirse que el concesionario asume una obligación de hacer, no promete un resultado, se obliga a aplicar su actividad en forma permanente en interés del fabricante quien solamente se obliga a mantener una corriente de aprovisionamiento de productos o mercaderías conocidas en el mercado.

Extinción

Para el Autor Jeans Guyénot, en el libro, Los Contratos de Concesión Comercial, libro sin fecha de publicación, hace mención a algunas causas que pueden poner fin al contrato de concesión comercial, las cuales son:

- ✓ Expiración del término de duración, la concesión suele ser pactada por un amplio término de tiempo. Es indispensable para que las partes puedan cumplir sus recíprocos intereses. Una vez concluido ese período de tiempo estipulado por las partes, termina el contrato. Algunas veces, suele abusarse por los concedentes, en los contratos, que utilizan para con todos sus concesionarios. En este caso, el profesor francés Jeans Guyénot, establece algunos parámetros para fijar la indemnización que se causaría a favor del concesionario:
 - El mayor valor de la clientela aportada por el concesionario y que se traduce a favor del concedente;
 - Los gastos que el concesionario ha expuesto en vista de la explotación de la concesión;
 - Las indemnizaciones que el concesionario debe a su personal, que se ve en la necesidad de despedir como consecuencia de la terminación del contrato.

La no renovación de un contrato, no puede considerarse una práctica abusiva. Sin embargo, ello no puede sostenerse en todos los casos. En aquellos contratos, como la concesión mercantil con exclusividad a favor del concedente, donde las partes conocen el camino que tendrán que recorrer para ejecutar el contrato, donde se saben cuáles serán los esfuerzos económicos del concesionario que lo llevarán a montar todo un andamiaje indispensable para la ejecución contractual, la no renovación abusiva debe tener sus consecuencias jurídicas, es decir, indemnizar los perjuicios que se causen con la no renovación

- ✓ Por desahucio unilateral, debe ser la forma de poner fin al contrato de concesión que no tiene establecido un plazo o una condición para su duración. La parte que desee poner fin al contrato, deberá notificarlo a la otra parte, con una antelación suficiente para que la otra puedan concluir sus negocios pendientes, procurarse un reemplazo u otra actividad;
- ✓ La insolvencia de una de las partes que permita albergar el justo temor de que no podrá continuar atendiendo debidamente la concesión, la faculta para solicitar la terminación del contrato.

El contrato de concesión es uno de esos contratos que la doctrina califica de “*intuitu personae*” ya que se contrata entre personas

determinadas, existiendo una dosis de confianza entre ellas. Este principio de confianza debe presidir las relaciones de las partes durante la vigencia del contrato.

La jurisprudencia y la doctrina consideran que ese contrato puede válidamente resolverse precisamente cuando desaparezca esa confianza, aunque no haya incumplimiento material del contrato.

Siendo esto así hay que plantearse el eminente trastorno patrimonial que la finalización del contrato puede tener para el concesionario. Este estima que se produce un daño simplemente por la extinción del contrato dadas las inversiones que ha realizado para su ejecución, aparte de que estima que debe obtener un resarcimiento por la clientela aportada al concedente.

En los contratos de concesión suele pactarse que no existe otro derecho a la indemnización que el consistente en la recompra -al precio de adquisición, con un ligero descuento- de todos los productos que haya adquirido al concesionario.

Análisis comparativo de los contratos atípicos de franquicia y concesión comercial

A continuación se presenta un análisis personal de los contratos de franquicia y concesión comercial a cerca de sus diferencias.

Diferencias.

- ✓ En cuanto al objeto, la franquicia recae sobre bienes y servicios de los más variados; mientras que la concesión se centra principalmente en la venta de bienes, como los automotores.
- ✓ La franquicia puede contener, en una de sus subespecies, la obligación disciplinada de fabricación por el franquiciado; por su parte el concesionario se limita a revender, nunca a elaborar.
- ✓ La franquicia no incluye servicios de posventa, salvo supuestos especiales; el concesionario debe prestar tales servicios accesorios, así como los de garantía.
- ✓ Para acceder a la franquicia, el franquiciado debe efectuar un pago en concepto de regalías al iniciar el negocio y periódicamente; el otorgamiento de la concesión no requiere el desembolso de suma alguna por parte del concesionario como canon pero si se obliga a pagar el precio de los productos que le vende el concedente.
- ✓ En su forma típica, la franquicia importa la cesión, el método de producción y comercialización (licencia de *knowhow*) y el otorgamiento del uso de la marca del franquiciante (licencia de marca); en cambio en la concesión las pautas de

comercialización son menos rígidas y no existe la cesión de licencia por parte del concedente.

- ✓ El autor francés Jean Guyenót, afirma que la franquicia es un tipo dentro de los contratos de concesión comercial y que la misma es la manifestación de una mutación en el objeto de los contratos de concesión comercial, con terminología propia pero sin significación jurídica.
- ✓ La concesión del uso de marca y el pago de prestaciones periódicas diferencian totalmente a la concesión de la franquicia, en este último contrato son ingredientes esenciales, que no existen en la concesión; en la concesión no hay licencia de marca, el concesionario no tiene permiso de usar la marca del concedente en otros o en sus propios productos, simplemente adquiere mercadería conocida bajo un nombre comercial o marca que revende, solo puede utilizar la marca en conjunción con la venta del producto cuya reventa el concedente le ha autorizado. Tampoco en la concesión, se concede un método de comercialización, sino que solo se fijan pautas.
- ✓ En un contrato de franquicia se te otorga el permiso de usar el nombre, tecnología, procesos de un negocio previamente establecido a cambio de dinero. En este contrato el

franquiciado, quien compra la franquicia, está obligado ofrecer la misma calidad en productos y servicios, la distribución de las instalaciones, en fin todo igual a los demás negocios. Un ejemplo de los Macdonals y KFC, todos son iguales, mas no tienen los mismos dueños. Un distribuidor, solamente vende el producto a cambio de una comisión, como por ejemplo las vendedoras de Avon.

- ✓ La naturaleza de la Franquicia permite diferenciar claramente este contrato del de concesión comercial, en estos contratos se establece, entre otras posibles obligaciones, la promesa de compraventa de determinados productos fabricados o importados por el franquiciante para su posterior reventa, esta vez por parte del concesionario en las condiciones pactadas en el contrato. Es decir, el franquiciado promete vender y el distribuidor o franquiciante promete comprar para revender bajo determinadas condiciones siguiendo pautas e instrucciones concretas.
- ✓ La obligación de usar la marca y otros signos distintivos del franquiciante, que es un punto esencial en la definición de franquicia, puede faltar en la concesión.

Conclusiones

En conclusión el contrato de franquicia 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 franquiciario, el derecho de explotar en unas condiciones preestablecidas y bien determinadas, un negocio concreto materializado con un emblema específico, con carácter exclusivo dentro de un determinado ámbito geográfico y asegurando la prestación de una ayuda y unos servicios irregulares necesarios para llevar a cabo la prestación.

La concesión comercial es la práctica económica, que se asienta normalmente en un previo contrato de colaboración, de perfil y contenido variable, no es raro que pueda confundirse con la franquicia, por medio del cual una empresaconcedente establece un sistema de comercialización de sus productos y servicios, a través de una redde establecimientos que pertenecen a otro u otros empresarios (concesionarios), que se comprometen a cambio de una comisión, a vender una determinada cantidad de mercancía que produce o distribuye el concedente, y en su caso a prestar un adecuado servicio de asistencia posterior a la venta. Tal actividad la realiza el

concesionario por cuenta propia, pero con la obligación de atenerse a las instrucciones, de ordinario detalladas, del concedente.

También puede afirmarse que el contrato de concesión comercial es un contrato mercantil atípico, consensual y sinalagmático, mediante el cual una persona física o jurídica denominada concedente, otorga por tiempo limitado o ilimitado la facultad de distribuir, exclusivamente, en un área geográfica limitada sus productos, a otra persona que igualmente puede ser física o jurídica. El contrato de concesión se perfecciona con el mero consentimiento, que crea ya las obligaciones emergentes del contrato, aun cuando se acostumbra celebrarlo por escrito.

El contrato de franquicia y el de concesión comercial son innominados por carecer de regulación legal en nuestro derecho, sin embargo, tienen un contenido y obligaciones típicas conferidas por los usos y costumbres comerciales. En este sentido, la naturaleza jurídica de la franquicia es la de un contrato de licenciamiento de una marca bajo especiales pautas que se establecen en el contrato.

Referencias

Arrubla, J. (1995) *Contratos mercantiles*. 2t.7ma. ed.; Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica D.I.E.O.

Alvarado R. y Gracias J. (2011) *El Notario ante la cContratación Civil y Mercantil*. Editorial Estudiantil Fenix. Cuarta Edición.

Barbadillo S. (2009) *Invertir en Franquicias*.

Díaz, A. (1994) *Contratos mercantiles*. 4ta. ed.; México: Textos Jurídicos Universitarios. Edición. Marla.

Lagazzi R. (s.f)*Contrato de Concesión Comercial*. Libro Electrónico.

Irazábal A. (2009) *Franquicia Manual de Negocios*.

Jean, G. (1977) *¿Qué es el franchising?* E. Comerciales, Brevarios de Derecho.

Mallejón A. (2009) *Contrato de Franquicia*. Libro Electrónico.

Marzorati, O. (1990) *Sistema de distribución Comercial*. 2t.; 2da. ed.; Buenos Aires, Argentina: Edición. Astrea.

Morejón A. (S.f.) *El contrato de Franquicia*.

Vásquez C. (S.f) *Los contrato*, Derecho Civil IV.

Velásquez, R.S.f) *Aspectos Jurídicos del modelo empresarial de franquicia*. Libro Electrónico.

Villegas, R. (1985) *Derecho mercantil guatemalteco*. 3t.; 2da. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria.