

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR**

**Sede Ecuador**

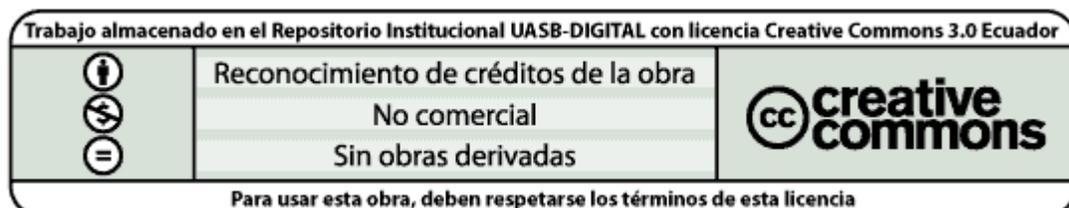
**Área de Derecho**

**Programa de Maestría en Derecho Internacional Económico**

**“Lineamientos fundamentales para la regulación jurídica del contrato de franquicia en Bolivia”**

**Fernando Urquidi Mercy.**

**Quito, 2012**



## CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, Fernando Urquidi Mercy autor de la tesis intitulada ***Lineamientos fundamentales para la regulación jurídica del contrato de franquicia en Bolivia*** mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho mención Internacional Económico en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. ....

Firma: .....

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Internacional Económico

Lineamientos fundamentales para la regulación jurídica del  
contrato de franquicia en Bolivia

Fernando Urquidi Mercy.

Tutora Dra. Carmen Amalia Simone Lasso.

Tesis escrita en Quito-Ecuador

## RESUMEN

Este trabajo tiene el objeto de exponer respecto al contrato de franquicia, en función de los lineamientos básicos que se deben regular para poder incorporar un capítulo específico en el código de comercio de Bolivia, ya que en la legislación boliviana tiene el carácter de ser un contrato atípico.

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 otorgó varias franquicias para el embotellamiento de su producto, sembrando así las bases del actual sistema de franquicias.

El concepto de franquicia, características, terminación, entre otros elementos fundamentales de esta figura, forman parte del primer capítulo el cual proporciona las bases para poder comprender todo lo que implica este formato de negocios. Una definición general sobre la franquicia sería: un sistema de colaboración entre dos partes jurídicamente independientes, vinculadas entre sí a través de un contrato mediante el cual una de las partes, denominada franquiciante, cede a otra parte, denominada franquiciado, cambio de cierta remuneración económica, el derecho a utilizar su marca comercial y su "saber-hacer" empresarial, por un tiempo limitado y en un territorio determinado.

Luego del primer capítulo se pasa a revisar los lineamientos fundamentales que se deberían regular para 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.

*A mis padres por su apoyo y cuidado incondicional*

*A mi familia que siempre estuvo a mi lado*

### *Agradecimiento*

Quisiera agradecer a todas las personas que de una u otra forma contribuyeron con en esta investigación, a la Universidad Andina Simón Bolívar por darme la oportunidad de estudiar en esta gran casa de estudios, a mis amigos y compañeros con los que pasamos la maestría que me apoyaron siempre

## TABLA DE CONTENIDO

Capítulo I.....	13
La Franquicia.....	13
1. Antecedentes.....	13
1.1. Evolución Histórica En Bolivia.....	14
2. Naturaleza Jurídica Del Contrato De Franquicia.....	19
2.1. El Contrato De Franquicia.....	20
3. Diferencias Con Otras Figuras.....	44
4. Terminación Y Causas De Rescisión De La Franquicia.....	48
4.1. Causales De Terminación En General.....	48
4.2. Causas De Rescisión Del Contrato.....	54
5. Cláusulas Que Contiene El Contrato De Franquicia.....	56
6. Negociación De Contratos Internacionales.....	62
Capítulo II.....	75
Elementos Del Contrato De Franquicia A Regular.....	75
1. Elementos Que Conviene Regular Sobre El Contrato De Franquicia.....	75
1.1. Elementos De Forma.....	75
2. Elementos De Fondo.....	84
2.1. Concepto De Franquicia.....	84
2.2. Derecho A La Información Previa.....	85
2.3. Cláusula De No Competencia.....	88
2.4. Idioma.....	91
2.5. Obligación De Compra Exclusiva.....	93
2.6. Cláusulas Abusivas.....	95
2.7. Renovación De La Franquicia.....	100
2.8. La Ley Y Foro Aplicable En Contratos De Franquicia Internacional.....	103
3. Conclusiones Y Recomendaciones.....	110
3.1. Conclusiones.....	110
3.2. Recomendaciones.....	114
4. Bibliografía.....	120
Anexos.....	125

## INTRODUCCIÓN

Desde inicios del presente siglo, Bolivia vive procesos altamente significativos de cambios o transformaciones que en el ámbito jurídico se manifiestan de forma evidente a partir de la aprobación de un nuevo texto constitucional, hecho particular que inscrito en el contexto global general, se considera que desde su especificidad contiene alcances que posibilitan abrir espacios de nuevos estudios y de reflexión sobre diversos temas emergentes del proceso señalado.

En este campo temático, se observa que la legislación de Bolivia no contempla la figura del contrato de franquicia, siendo este un contrato innominado o atípico, de gran importancia en la dinámica económica global, del cual Bolivia no está ajena. En ese marco, en los últimos años debido al crecimiento económico y la estabilidad monetaria y fiscal, se ha fortalecido la dinámica empresarial abierta con varios países, operando relaciones contractuales con varias empresas internacionales bajo la modalidad de franquicia.

El problema radica en que las condiciones contractuales son impuestas por los empresarios extranjeros tratando de proteger su marca, propiedad intelectual, manuales de operación, en general su negocio debido a la falta de seguridad jurídica, que puede apreciarse donde los contratos se realizan bajo el principio de autonomía de la voluntad. Además, la inexistencia de un orden normativo en el formalismo jurídico, imposibilita a los empresarios nacionales tener una opción dentro de la ley 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 del país en general. La existencia de sectores económicos con grandes oportunidades comerciales permite hablar de una ventana de oportunidad de mercado que promete cierta rentabilidad. Además, se debe destacar que el mercado actual boliviano empieza a abrirse al modelo de crecimiento empresarial y es propicio pensar en la

franquicia como una vía de introducción en el mismo. Todo este proceso se ve alentado por la creciente apertura de centros comerciales, producto de que los y las bolivianas están en un proceso de cambio cultural y de mentalidad, de que el turismo crece vertiginosamente con una cantidad numerosa de visitantes extranjeros, lo que contribuye a un aumento del poder adquisitivo de la población<sup>1</sup>

En las formas modernas de comercialización, el contrato de franquicia adquiere vigencia plena, lo que ha generado obligatoriamente una reformulación en el aspecto jurídico en muchos de los países del mundo. En este orden, en Bolivia al no existir una normativa definida claramente que responda a los principios de soberanía y que salvaguarde los intereses nacionales en el marco de la economía plural, se ha dado lugar a la firma de contratos en condiciones muy desiguales.

El rasgo característico de los contratos de franquicia es el de cumplir con una función económica de integración de empresas en formas de comercialización en un mundo globalizado que se guía muchas veces por la apariencia y el efecto imitación, permitiendo crecer a 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, dando lugar a no aprovechar de las oportunidades que hoy brinda actualmente el mercado global.

En este contexto, la presente investigación se enmarca en el derecho comercial con un campo de acción limitado a los contratos comerciales. El objetivo general que se pretende es proponer la incorporación de lineamientos jurídicos esenciales del contrato de franquicia, en la legislación

---

<sup>1</sup> <http://www.icex.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4391580> (consulta 08/06/2012)

boliviana, en busca de una armónica relación comercial entre las partes. Además, con este estudio, se persiguen cuatro objetivos específicos, a saber: a) Realizar un diagnóstico de los problemas jurídicos derivados de las insuficiencias de una normativa específica en las relaciones comerciales surgidas del contrato franquicia en Bolivia. b) Analizar la situación legal de la inversión extranjera relacionada con franquicias en Bolivia. c) Contrastar los modelos normativos sobre franquicias de otros países con las necesidades particulares de Bolivia d) Proponer los elementos básicos para un futuro proyecto normativo que regule la elaboración de contratos de franquicia en Bolivia.

Dentro de lo que se refiere a la hipótesis, se plantea dos supuestos, El primero tiene que ver con el hecho de que la falta de legislación en Bolivia es actualmente considerada como una ventaja para los empresarios que están en la situación de franquiciante, ya que les permite tener un contrato muy favorable y hasta en ciertos casos, llegando al punto de abusivo, dejando al franquiciado sin oportunidades de negociación. En este caso en realidad lo que sucede es que se está convirtiendo al contrato de franquicia en un contrato de adhesión. Para ello, se busca que con la incorporación de normativa específica en la legislación boliviana, se pueda restablecer el equilibrio contractual y brindará la seguridad jurídica necesaria para ambas partes.

La segunda hipótesis se refiere a que la incorporación de legislación específica de franquicias traerá la seguridad jurídica necesaria para poder impulsar el mejor desarrollo del sector, tanto nacional como internacionalmente ya que tanto las empresas locales como las foráneas podrán abrir sus puertas al mercado boliviano, con reglas claras de antemano y con los mecanismos idóneos para resolver cualquier eventualidad.

En el desarrollo de esta investigación utilizaron los métodos de investigación tradicionales, que son el inductivo, deductivo, análisis y síntesis. Además, se utilizó también el método exegético,

toda vez que se extrajo, contrastó y analizó los criterios de los doctrinarios mencionados en las obras citadas. Así, mediante el análisis en materia comercial y civil, se rescató de varias fuentes bibliográficas, lo útil para el presente estudio, construyendo así un pilar teórico respecto de la propuesta del trabajo.

Utilizando el método comparativo se revisó y estudió la legislación de otros países, análisis que aportó y enriqueció en gran medida esta investigación, ya que proporcionó los parámetros iniciales de lo sucedido en otras latitudes sobre el mismo tema, para así poder sugerir una implementación adecuada al caso boliviano

Por último, se utilizó el método cualitativo, con la específica intención de saber la opinión de expertos, a quienes se entrevistó. Entre las personas seleccionadas para las entrevistas estuvieron un grupo de pensadores, abogados especialistas en materia de franquicia y empresarios que están bajo esta modalidad de contratación, con la finalidad de indagar indagar cuál es su consideración, opinión y sugerencia respecto del tratamiento que se le da a la franquicia en Bolivia.

En definitiva lo que se pretende con esta investigación es proponer los lineamientos básicos fundamentales para una reforma legal en Bolivia, que colabore 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. Además, los lineamientos para la reforma propuesta servirán para facilitar el camino a los empresarios nacionales que quieran franquiciar su negocio viabilizando el crecimiento de franquicias nacionales, con posibilidades de exportación.

Con la presente propuesta, se busca que los empresarios extranjeros tengan un conocimiento previo del régimen jurídico boliviano, y puedan sentarse a negociar las condiciones de manera

que sea beneficioso para ambas partes, contando con una seguridad jurídica suficiente, que no se tiene hasta el momento.

Se debe recalcar que con esta propuesta no se pretende limitar la capacidad de negociación o el principio de voluntad de las partes, en el sentido que las partes serán libres de convenir de acuerdo a sus intereses, sino que se aspira introducir opciones jurídicas para ser tomadas en cuenta como por ejemplo proporcionar opciones de resolución de conflictos dentro de la normativa nacional, Así mismo, se busca fijar ciertos parámetros para que dentro de la negociación no se incluyan cláusulas abusivas, o que produzca un desequilibrio significativo, lo que se encuentran muy a menudo en los contratos de adhesión.

# I. CAPITULO I

## LA FRANQUICIA

### 1. ANTECEDENTES.

Una forma rudimentaria de franquicia surgió en Europa medieval, cuando la iglesia católica autorizó a ciertos señores feudales a recolectar impuestos. Estos colectores retenían una parte de lo recibido y enviaban el dinero restante a la iglesia. Cabe señalar que este antecedente se aproxima más a las actuales concesiones del poder público a favor de empresas privadas o de economía mixta para explotar ciertas actividades (como sucede por ejemplo en transporte público, educación, energía eléctrica, etc.) que a la franquicia comercial como la conocemos actualmente.<sup>2</sup>

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<sup>3</sup>.

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

---

<sup>2</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 3

<sup>3</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 4

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. 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

### **1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN BOLIVIA.**

El Código de Comercio de Bolivia no contempla un marco jurídico regulatorio sobre la franquicia comercial de manera general, y tampoco sobre el contrato de franquicia en particular. Esto constituye un verdadero problema, pues no existen las suficientes garantías para las partes que intervienen en el contrato, es decir, franquiciante y franquiciado.

A pesar de la falta de normativa adecuada, en este tipo de estrategia comercial de expansión, vienen operando en Bolivia desde hace años, empresas o marcas como: Mc Donald's (cadena de comida rápida que se retiró del país), Burguer King, Lomitón, Domino's Pizza, Rock and Fellers, Coca-Cola, Pepsi-Cola, Radisson Plaza Hotel, Hotel Ritz, Lolita (textiles) y otras, siendo muchas de ellas de relativa antigüedad, pese a lo cual, hasta ahora no cuentan con

---

<sup>4</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 4

<sup>5</sup> Juan M. Farina. "Contratos Comerciales Modernos" modalidades de contratación empresarial, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005, p. 565-566

disposiciones legales específicas sobre franquicia en el ordenamiento jurídico boliviano, concretamente en el Código de Comercio.<sup>6</sup>

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 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”.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup>

En 1981, la misma 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”, maicena Duryea. En 1982, se produjo en EEUU la venta de Stándar Brands Incorporated a la firma Nabisco Inc., quedando Industrias Venado S.A. como

---

<sup>6</sup> [http://www.eldiario.net/noticias/2010/2010\\_07/nt100710/1\\_05opn.php](http://www.eldiario.net/noticias/2010/2010_07/nt100710/1_05opn.php)

<sup>7</sup> Ver <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)

<sup>8</sup> Ver <http://www.grupovenado.com> reseña histórica, fecha de consulta 10 de agosto de 2012

licenciatario de marca para la fabricación de los productos ya mencionados, sin ningún cambio.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

Durante el año 2000, la empresa Nabisco Inc. fue vendida a la firma Kraft Foods Int. y Venado mantiene el contrato de licencia de marca para la fabricación de los productos Royal y Fleischmann en las mismas condiciones originales.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup>

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. Posterior mente con un los productos posicionados en el mercado se

---

<sup>9</sup> Ver <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)

<sup>10</sup> Ver <http://www.grupovenado.com> reseña histórica, fecha de consulta 10 de agosto de 2012

<sup>11</sup> Ver <http://www.grupovenado.com> reseña histórica, fecha de consulta 10 de agosto de 2012

<sup>12</sup> Ver <http://www.grupovenado.com> reseña histórica, fecha de consulta 10 de agosto de 2012

siguieron comercializando pero con los beneficios dirigidos al franquiciante, siendo una situación injusta.

Una de las franquicias más importantes del país que es Coca-Cola, ingreso en 1946 a Bolivia. Para la época, muy pocas personas conocían de su existencia, sin embargo ahora más de 60 años después, Coca Cola se encuentra posicionada como una de las gaseosas de mayor consumo en el país. Con presencia en La Paz, Cochabamba, Tarija y Santa Cruz, EMBOL<sup>13</sup> 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 en 2008<sup>14</sup>

El movimiento económico de EMBOL es muy importante, generando 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.<sup>15</sup> Esto representa una gran cantidad de empleos directos. Además, las empresas azucareras consideran a EMBOL uno 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 sesenta mil, considerando que sólo en la ciudad de Santa Cruz son cerca de 15 mil.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> EMBOL, Embotelladoras Bolivianas Unidas SA. administra un portafolio de 15 marcas, que incluye bebidas carbonatadas, aguas y bebidas energizantes. Entre ellas la marca COCA-COLA

<sup>14</sup> Ver. <http://www.embonor.cl>, Operación Bolivia. Fecha de consulta 22 de octubre de 2012

<sup>15</sup> Entrevista con Gerente regional Sucre-Bolivia de Embol representantes de The Coca-Cola Company en Bolivia

<sup>16</sup> Ver. <http://www.embonor.cl>, Operación Bolivia. Fecha de consulta 22 de octubre de 2012

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.<sup>17</sup>

Un caso al que no puede dejar de referirse es el caso Mc donald's que en 2002 y después de cinco años en el país, la cadena de hamburguesas decidió cerrar sus ocho sucursales en las ciudades de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. El motivo por el que cerraron es por falta de rentabilidad que aunque intentó adaptarse a los gustos locales, no logró triunfar. Para Fernando Martínez<sup>18</sup> 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"*<sup>19</sup>. Desde nuestra perspectiva se coincide con el director del documental, porque además del precio que no se adaptó al mercado boliviano tenemos otro problema que se identifica a partir de la inflexibilidad que tuvo la franquicia hacia la cultura boliviana, sino hasta último momento donde quiso adaptarse pero los esfuerzos fueron muy superficiales, los cambios pretendidos fueron tardíos y no se pudo evitar la inminente quiebra. En nuestro parecer si desde el principio se negociaba inteligentemente el contrato de franquicia principal para todo el territorio nacional, con ciertos parámetros de calidad, pero con flexibilidad en ciertas áreas estratégicas el destino de esta franquicia en Bolivia podría haber sido diferente.

Este breve repaso por la evolución histórica de la franquicia en general y particularmente lo que pasó en el caso boliviano, es relevante para este estudio porque permite observar que las

---

<sup>17</sup> Ver. <http://www.embonor.cl>, Operación Bolivia. Fecha de consulta 22 de octubre de 2012

<sup>18</sup> Fernando Martínez, director del documental ¿Por qué quebró Mc donald's en Bolivia?.

<sup>19</sup> [http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2011/11/111031\\_bolivia\\_fracaso\\_mc\\_donalds\\_lav.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2011/11/111031_bolivia_fracaso_mc_donalds_lav.shtml)

empresas franquiciadas operan en Bolivia hace mucho tiempo y hasta la fecha no cuentan con una legislación que vele por sus intereses. Además, resulta de gran importancia destacar los aportes económicos que representan para la sociedad boliviana a lo largo de los años. Por otro lado respecto a la presente investigación, este recuento plantea un panorama adecuado para comenzar a desarrollar específicamente lo referente al contrato de franquicia.

## **2. NATURALEZA JURÍDICA DEL 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.<sup>20</sup>

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

---

<sup>20</sup> Juan M. Farina. "Contratos Comerciales Modernos" modalidades de contratación empresarial, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005, p. 564-565

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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

## **2.1. EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

### **2.1.1 TERMINOLOGÍA**

En el comercio internacional esta figura contractual es conocida con su designación tomada del idioma inglés, “Franchising” que se traduce al castellano como franquicia. Pese a que se ha hecho común el término franquicia en los países de habla hispana, debe aclararse indicando que el significado idiomático de esta palabra no expresa exactamente el concepto que encierra el concepto de *franchising*.<sup>23</sup> La palabra franquicia en español tiene diversos significados, como cuando se hace alusión a la franquicia aduanera, seguro de daños con franquicia, etc. Estas diferencias podrían crear confusiones, por lo que se recomienda entonces utilizar la expresión inglesa *franchising*, de aplicación en el comercio internacional para referirse a este tipo de

---

<sup>21</sup> Enrique Carlos Diez de Castro, Antonio Navarro García, Francisco Javier Rondan Cataluña “El Sistema de franquicias, fundamentos teóricos y prácticos”, Madrid, Ed Pirámide, 2005, p. 335 - 342

<sup>22</sup> Sonia Maldonado Calderón “Contrato de franchising”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, p. 60

<sup>23</sup> Franchising es una simbiosis, una parte que es conocida como franchisor (franquiciante), le otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franchisee (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad. El franchisee generalmente paga un canon por ese privilegio, más una regalía (royalty) sobre grandes ventas. Juan M. Farina. “Contratos Comerciales Modernos” modalidades de contratación empresarial, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005, p. 555

contratos en particular. Ello sin perjuicio de reconocer que los términos deben interpretarse con auxilio del contexto en el que se hallan insertos, de modo que al hablar de contrato de franquicia, estamos dándole un significado propio que no ha de inducir a error. Así por ejemplo, en Brasil, la ley 8955/94, del 15 de diciembre que regula este contrato, tiene el cuidado de denominarlo franquicia empresarial, lo cual aleja duda de este respecto.

En lo que respecta a la designación de las partes en español, *franchisor*, es traducido como franquiciante o franquiciador (en España), y *franchisee*, como franquiciado.

### **2.1.2 CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE FRANQUICIA**

Burlas-Couso definen la franquicia así: *“Consideramos al franchising o franquicia comercial como el contrato basado en una relación de cooperación permanente por el cual un de las partes (Franquiciante, otorgante o franchisor) titular de un nombre comercial, de una marca o signos distintivos, 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. El tomador se encuentra sujeto a instrucciones y controles por parte del otorgante que garanticen el cumplimiento del sistema y el éxito del negocio. Como contraprestación, el tomador debe abonar una suma inicial determinada y una serie de importes sucesivos también predeterminados durante toda la vigencia del contrato”*.<sup>24</sup>

Marzorati, por su parte, define la franquicia o *franchising* como aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante (franquiciante) ofrece, a un receptor (franquiciado) o varios, donde forman un sistema de distribución de su producto para vender o distribuir bienes o

---

<sup>24</sup> Burlas-Couso, en Etcheverry, Contratos parte especial, tomo 1, p. 389

prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con el cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial, bajo el control del franquiciante y de conformidad a un método, plan o sistema preestablecido, a cambio del pago de un canon y otras prestaciones como regalías.<sup>25</sup>

Según el instituto internacional para la unificación de derecho privado UNIDROIT en su Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional, no existe una única definición que sea aplicable a todas las situaciones que pueden ser consideradas como una franquicia. La forma de franquicia conocida como franquicia de formato comercial, está cada vez más conceptualizada como la franquicia en general. Un contrato de franquicia de formato comercial se celebra entre dos empresas independientes, por el cual, una -el franquiciador- generalmente a cambio de una compensación, en la forma de una cuota inicial y/o cuotas periódicas, otorga a la otra -el franquiciado- el derecho a comercializar bienes o prestar servicios bajo su marca y/o nombre comercial, siguiendo el método comercial o los procedimientos que ha elaborado y probado. Para que el franquiciado pueda actuar así, el franquiciador proporciona al franquiciado el *know-how* (“saber-hacer”) requerido y la formación necesaria para emplear este *know-how*. El franquiciador proporciona también en la mayoría de los casos un manual detallado que contiene las instrucciones necesarias para la gestión del negocio. Además, durante la vigencia del contrato el franquiciador normalmente proporciona al franquiciado ayuda en la dirección de la franquicia. Se trata por tanto, de un paquete que incluye (pero no se limita a) derechos de propiedad intelectual que están protegidos por la ley (por ejemplo marcas, nombres comerciales o, menos frecuentemente, patentes), *know-how*, formación y asistencia continuada por parte del franquiciador, derechos de control del franquiciador frente al franquiciado y

---

<sup>25</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 5

obligaciones del franquiciado de seguir las instrucciones del franquiciador y de cumplir con las condiciones financieras del contrato.<sup>26</sup>

Otra definición es la de Díaz de Castro, Navarro García y Rondan Cataluña, quienes nos dicen que existe un consenso a la hora de definir la franquicia como *“un sistema de cooperación entre empresas diferentes, ligadas por un contrato en virtud del cual una de ellas – la franquiciadora- otorga a la otra (u otras), denominadas franquiciadas, a cambio de unas contraprestaciones financieras (pagos), el derecho de explotar una marca y/o una fórmula comercial materializada en unos signos distintivos, asegurándole al mismo tiempo la ayuda técnica y los servicios regulares necesarios destinados a facilitar dicha explotación mientras dure el contrato”*.<sup>27</sup>

La definición que encontramos en el código deontológico de la Federación Europea de la Franquicia nos dice que: *“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*

---

<sup>26</sup> 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>

<sup>27</sup> Enrique Carlos Díez de Castro, Antonio Navarro García, Francisco Javier Rondan Cataluña “El Sistema de franquicias, fundamentos teóricos y prácticos”, Madrid, Ed Pirámide, 2005, p. 30

*partes, a tal efecto.”<sup>28</sup> Al respecto Ruiz Periz “advierte que no existe aun un concepto uniforme de contrato de franquicia en los textos positivos comparados, ni siquiera en el ordenamiento Estadounidense”.<sup>29</sup>*

A pesar que en la realidad no existen conceptos uniformes de franquicia de las definiciones analizadas se puede advertir que todos los autores coinciden en varios aspectos que caracterizan a la franquicia. El primer elemento es que, a decir de Juan M. Farina, es un contrato de cooperación entre dos empresarios distintos e independientes,<sup>30</sup> donde el franquiciante poseedor de la marca, know-how, signos distintivos, procedimientos técnicos, etc., otorga el derecho de explotar todo lo antes mencionado y más, al franquiciado, a cambio de regalías que pueden pagarse según se convenga en el contrato. Otra característica es que el franquiciado depende directamente de las especificaciones, condiciones, ayuda técnica y los servicios regulares necesarios destinados a facilitar la explotación de todo el negocio que se permite al franquiciado, para así conservar el prestigio y calidad de la marca y servicio. En este punto es oportuno hacer un comentario apuntando a que, según el país en que se quiera implementar la franquicia, el dueño de esta, puede hacer ajustes y flexibilizarse en ciertos aspectos que no comprometan la esencia de su negocio, la marca o la calidad de su producto, pero que permitan adecuarse a la cultura y poder ser un negocio rentable y exitoso. El ejemplo más vistoso es el caso de Mc Donald's en India, esta empresa al no poder hacer su producto (hamburguesas) con carne de res porque se lo considera un animal sagrado en ese país, la

---

<sup>28</sup> La EFF (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 F.E.F. 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. Está Federación elaboro el Código Deontológico Europeo de la Franquicia para reflejar la conducta que deben seguir los usuarios del sistema de franquicias en Europa.

[http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo\\_Deontologico\\_Europeo\\_franquicia.pdf](http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf)

<sup>29</sup> Juan M. Farina. “Contratos Comerciales Modernos” modalidades de contratación empresaria, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005, p. 559

<sup>30</sup> Juan M. Farina. “Contratos Comerciales Modernos” modalidades de contratación empresaria, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005, p. 564

empresa realiza modificaciones y los productos son generados con un animal alternativo ya sea cordero o pollo. Así Mc Donald's en India logra adaptarse a las exigencias propias del país sin tener que comprometer su producto o la oportunidad de negocio que brinda ese país, este mismo concepto se puede extrapolar a Bolivia donde se vea más adelante donde se puede flexibilizar el franquiciante para hacer viable el negocio.

Ahora bien, habiendo concluido con la parte de concepto y definición y continuando el desarrollo nos concentraremos en lo que son las clases de franquicia comercial y los elementos generales de la franquicia.

### **2.1.3 CLASES DE FRANQUICIA COMERCIAL**

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:

**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.<sup>31</sup>

**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.<sup>32</sup>

**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.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup>Ernesto E. Martorell, "Tratado de los contratos de empresa" tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 559

<sup>32</sup> Ernesto E. Martorell, "Tratado de los contratos de empresa" tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 559

<sup>33</sup> Ernesto E. Martorell, "Tratado de los contratos de empresa" tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 559

Por otra parte tenemos otra clasificación propuesta por Sandoval López de los EEUU, donde se origina el:

**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.<sup>34</sup>

**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.<sup>35</sup>

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

**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.<sup>36</sup>

**b) *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

---

<sup>34</sup> Ernesto E. Martorell, *“Tratado de los contratos de empresa”* tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 559

<sup>35</sup> Ernesto E. Martorell, *“Tratado de los contratos de empresa”* tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 559-560

<sup>36</sup> Fabián López Guzmán, *“El contrato de franquicia internacional”*, Bogota, Ed. Temis S.A., 2007, p. 185, 153

pero relacionado a la forma de distribuir los productos de manera que se sigan las pautas del franquiciante.<sup>37</sup>

**c) 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.<sup>38</sup>

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.<sup>39</sup>

#### **2.1.4 ELEMENTOS GENERALES DE LA FRANQUICIA COMERCIAL**

En esencia, la franquicia puede ser considerada un sistema de comercialización de un producto o servicio. Es un contrato entre dos partes, por el cual el franquiciante permite al franquiciado comercializar un cierto producto o servicio con su marca y símbolo, a cambio del pago de un derecho de entrada o royalty inicial (pago inicial por derecho de entrar al sistema). No obstante es el franquiciado el que realiza la inversión necesaria para instalar el negocio, razón por la cual es un empresario independiente y no un empleado del franquiciante. Sin embargo, la franquicia empresarial es un método de transmisión de la enseñanza para operar un negocio probado.

En su concepción restringida y originaria, la franquicia comercial de productos es un contrato que permite una distribución continua y permanente de la producción de un fabricante. Por otro

---

<sup>37</sup> Fabián López Guzmán, “El contrato de franquicia internacional”, Bogota, Ed. Temis S.A., 2007, p. 185, 154

<sup>38</sup> Fabián López Guzmán, “El contrato de franquicia internacional”, Bogota, Ed. Temis S.A., 2007, p. 185, 157

<sup>39</sup> Ernesto E. Martorell, “Tratado de los contratos de empresa” tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 560

lado, en su concepción dinámica y evolucionada, la franquicia comercial es un contrato de empresa por el que se trasfiere un método para administrar y manejar un negocio capacitando así al franquiciado como empresario, al que además se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con la marca comercial del franquiciante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica continua.<sup>40</sup>

Las características generales de la franquicia tienen los siguientes rasgos:

**1) Las partes.** Cada parte es jurídica y financieramente independiente de la otra<sup>41</sup>

**2) Cooperación.** Este elemento justamente es el que caracteriza a la franquicia y la distingue del contrato de distribución, ya que existe una cooperación mucho más estrecha entre las partes, según la cual el franquiciado no solo debe usar la marca y las insignias del franquiciante, sino también seguir sus instrucciones.<sup>42</sup>

**3) Permanencia de la relación.** Se trata de una relación continua de distribución,<sup>43</sup> en cuanto a relación de distribución, o de explotación de un sistema de comercialización de bienes y servicios en el mercado, no es una figura concebida para una ligazón transitoria. Su efectividad está dada por sus posibilidades de instrumentación con cierto grado de permanencia en el tiempo.<sup>44</sup>

**4) Formato Uniforme.** Prácticamente todos los contratos de franquicia se ajustan a estándares establecidos por el franquiciante mediante cláusulas de tipo normativo que contienen las llamadas condiciones de contratación.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 18-19

<sup>41</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.22

<sup>42</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.22

<sup>43</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.22

<sup>44</sup> Ernesto E. Martorell, "Tratado de los contratos de empresa" tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 556

<sup>45</sup> Ernesto E. Martorell, "Tratado de los contratos de empresa" tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 556

**5) Derechos y Obligaciones del franquiciante.** Entre los derechos tenemos: derecho a recibir ciertas retribuciones o regalías, la de entrada y las mensuales que se calcula un porcentaje de las ventas; y, derecho a establecer las directivas financieras, administrativas, comerciales y de control a las que debe ajustarse el franquiciado.<sup>46</sup> En cuanto a las obligaciones se destacan tres principales: proveer el producto o servicio objeto de la franquicia, dar entrenamiento al franquiciado y brindarle asistencia permanente que comprende no solo el suministro de un sistema de operación, sino también el enseñar a utilizarlo. Y debe incluirse finalmente la autorización del uso de una marca como otra de las prestaciones que el franquiciante debe al franquiciado.<sup>47</sup>

**6) Derechos y Obligaciones del franquiciado.** Entre los derechos del franquiciado tenemos 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.<sup>48</sup> Entre las obligaciones se destaca principalmente la obediencia a las instrucciones del franquiciante en cuanto a compra de maquinarias o equipos, producción, comercialización y administración del producto o servicio. Otra obligación que se puede destacar es la regalía fija o de entrada y la regalía mensual que debe pagar sobre sus ingresos; adicionalmente debe pagar un derecho por uso de la marca. El franquiciado es un empresario independiente por lo tanto la empresa está bajo su propio riesgo ya que actúa bajo su propio nombre.<sup>49</sup>

**7) Principio de la autonomía de la voluntad.** En líneas generales, la doctrina a la que se hace referencia significa que los individuos, respetando el marco limitativo de la ley prohibitiva e imperativa y los conceptos de orden público y buenas costumbres, son soberanos para regular

---

<sup>46</sup> Sonia Maldonado Calderón "Contrato de franchising", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, p. 85-87

<sup>47</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.22-23

<sup>48</sup> Sonia Maldonado Calderón "Contrato de franchising", Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, p.89-93

<sup>49</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 22-23

sus relaciones jurídicas, y por ende, pueden prescindir de los criterios legislativos. Este principio consagró en el convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones y contratos internacionales y en la Convención de México de 1994. En general, la mayor parte de los países occidentales han consagrado este postulado universal en sus ordenamientos internos, o tratándose de países pertenecientes al *common law*, lo han reconocido también por intermedio de la jurisprudencia. La doctrina ha distinguido entre *autonomía material* y *autonomía conflictual*. La primera alude a la facultad que tienen las partes que celebran un contrato, por ejemplo, una franquicia internacional, para fijar el contenido de éste y cláusulas específicas. La segunda les permite a los contratantes decidir el ordenamiento jurídico aplicable a su relación; es decir, las partes eligen el derecho aplicable al contrato que han celebrado. Esta autorización se extiende aún más y las partes pueden elegir el procedimiento y la autoridad que habrá de solucionar los conflictos que surjan de la relación contractual.<sup>50</sup>

Por lo pronto, el franquiciante y el franquiciado son libres para darle al contrato los efectos y el contenido que deseen. Es más, normalmente ante la carencia de legislación supletoria especial, se preocuparán de detallar los aspectos más hipotéticos de la relación a fin de evitar ulteriores conflictos. Dicha regulación además, será el resultado del soberano y común acuerdo de los contratantes, pues ninguno podrá imponer al otro el contenido contractual. Puede darse el caso; que los derechos y obligaciones de la convención sean determinados unilateralmente por la voluntad de una sola de las partes contratantes, esto ocurre comúnmente como un acto de sumisión de parte del franquiciado, quien por su inferioridad económica respecto del otro se limita a aceptar el texto contractual sin haber participado en su elaboración. En este caso es la sola voluntad del oferente la que dicta la ley del contrato, resultando que se convierte en

---

<sup>50</sup> Fabián López Guzmán, “El contrato de franquicia internacional”, Bogota, Ed. Temis S.A., 2007, p. 185, 187

contrato de franquicia bajo la fórmula de adhesión, la que puede constituir una alternativa frente al contrato libremente discutido, porque las partes son libres para adoptarla o no.<sup>51</sup>

### 2.1.5 CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

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.<sup>52</sup>

**b) Bilateral o sinalagmático**, porque las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.<sup>53</sup>

**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.<sup>54</sup>

**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.<sup>55</sup>

**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.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> Sonia Maldonado Calderón “Contrato de franchising”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, p.51-56

<sup>52</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 24

<sup>53</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 24

<sup>54</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 24

<sup>55</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 24

**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 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.<sup>57</sup>

**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.<sup>58</sup>

**h) Intuitu Personae.** 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

---

<sup>56</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 24

<sup>57</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 24-25

<sup>58</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 25-26

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.<sup>59</sup>

**i) Contrato de adhesión.** 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.<sup>60</sup>

**j) Innominado o atípico.** 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<sup>61</sup> del país en el 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.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 26

<sup>60</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 31-32

<sup>61</sup> Sonia Maldonado Calderón “Contrato de franchising”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, p.75

<sup>62</sup> Wilfredo Cervantes Ortiz, “Manual de contratos” tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 16

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

### **2.1.6 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Otros aspectos que son típicos del contrato de franquicia comercial 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. El contrato internacional de franquicia es más complejo, ya que debe tomarse en cuenta regímenes cambiarios, legislación general, leyes aplicables y jurisdicción, pero la esencia del mismo no cambia.<sup>63</sup>

#### **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 marca.<sup>64</sup>

En Bolivia, la ley de marcas de 15 de enero de 1918 en su art. 1. Dice 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,*

<sup>63</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 35

<sup>64</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 35

*estampados y relieves, filigranas, viñetas, envases, recipientes, o cualquier otro signo típico análogo”.*<sup>65</sup>

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 nivel regional andino tenemos la decisión 486 de la Comunidad Andina donde consta un amplio marco jurídico sobre este tema. Esta norma, en su TITULO 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.<sup>66</sup> 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 486 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

---

<sup>65</sup> República de Bolivia, ley reglamentaria de marcas, 15 de enero de 1918

<sup>66</sup> Comunidad Andina de Naciones (CAN), decisión 486, ver [http://www.dib.unal.edu.co/cip/pi\\_can\\_decision486.pdf](http://www.dib.unal.edu.co/cip/pi_can_decision486.pdf), fecha de consulta 16 de noviembre de 2012

pieza medular la inscripción de la marca en el registro internacional de la organización mundial de la propiedad intelectual (OMPI).<sup>67</sup>

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”*.<sup>68</sup>

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”*.<sup>69</sup> 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*

---

<sup>67</sup> M. Botana Agra, *“las marcas internacionales” en “derecho de la propiedad industrial”* Consejo general de los colegios oficiales de corredores de comercio, Madrid, Ed. Dykinson S.L., 1993, p. 38

<sup>68</sup> República de Bolivia, Código de comercio, art. 485

<sup>69</sup> Comunidad Andina de Naciones (CAN), decisión 486, ver [http://www.dib.unal.edu.co/cip/pi\\_can\\_decision486.pdf](http://www.dib.unal.edu.co/cip/pi_can_decision486.pdf), fecha de consulta 16 de noviembre de 2012

regulan las patentes de invención comprenden los descubrimientos, así como las mejoras o perfeccionamiento de un invento”.<sup>70</sup>

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.<sup>71</sup>

El Código de Comercio boliviano mediante el cual habla de la licencia de patente bajo el nombre de licencia de explotación “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”.<sup>72</sup>

**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.<sup>73</sup> 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

---

<sup>70</sup> República de Bolivia, Código de comercio, art. 484

<sup>71</sup> Alberto Bercovitz Rodríguez-cano, “el derecho de patentes” en “derecho de la propiedad industrial” Consejo general de los colegios oficiales de corredores de comercio, Madrid, Ed. Dykinson S.L., 1993, p. 72

<sup>72</sup> República de Bolivia, Código de comercio, art. 487

<sup>73</sup> Fabián López Guzmán, “El contrato de franquicia internacional”, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p. 354

*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”<sup>74</sup>.*

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 industrial, constituyen obligaciones del franquiciante.<sup>75</sup> Además existe la obligación de entrenar al franquiciado para la conducción del negocio y la organización del trabajo. A cambio de esta, éste 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.<sup>76</sup>

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

---

<sup>74</sup> Comunidad Andina de Naciones (CAN), decisión 486, ver [http://www.dib.unal.edu.co/cip/pi\\_can\\_decision486.pdf](http://www.dib.unal.edu.co/cip/pi_can_decision486.pdf), fecha de consulta 16 de noviembre de 2012

<sup>75</sup> Fabián López Guzmán, “El contrato de franquicia internacional”, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.133

<sup>76</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 36

internacional constituye la prestación característica, pues la transmisión de secretos empresariales (licencia de uso) constituye la esencia del negocio.<sup>77</sup>

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.<sup>78</sup>

**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.<sup>79</sup>

**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 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.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Fabián López Guzmán, “El contrato de franquicia internacional”, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.369

<sup>78</sup> Fabián López Guzmán, “El contrato de franquicia internacional”, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.372

<sup>79</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 36

<sup>80</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 36

**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.<sup>81</sup>

**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.<sup>82</sup>

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.<sup>83</sup>

**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

---

<sup>81</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 36

<sup>82</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 37

<sup>83</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 37

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.<sup>84</sup>

**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.<sup>85</sup>

**j) Clausulas de competencia.** El franquiciante tiene interés en que en el contrato se incluyan cláusulas de no competencia, que significa que el franquiciado no ingresara en negocios competitivos durante el término de la franquicia, ni por un período posterior a su finalización.<sup>86</sup>

**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.<sup>87</sup>

**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.<sup>88</sup>

**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.

---

<sup>84</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 37-38

<sup>85</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 38

<sup>86</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 38

<sup>87</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 38

<sup>88</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 38

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 establecer al comenzar, una relación un plazo mediano que pueda ser renovado.<sup>89</sup>

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.<sup>90</sup>

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 EEUU, 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. En 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.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 40

<sup>90</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 41

<sup>91</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 41-42

### **2.1.7 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 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.

### **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.<sup>92</sup>

**b) Contrato preliminar o normativo.** En este tipo de contratos las partes delimitan y convienen preliminarmente las condiciones de otro contrato, a celebrarse en el futuro. La franquicia no encuadraría en este tipo de contrato, puesto que en ella existen desde el comienzo derechos y obligaciones exigibles con su otorgamiento. Por lo tanto, este contrato a pesar que se contemplan en el las futuras relaciones de las partes, no se agota en la definición del contrato normativo.<sup>93</sup>

**c) 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”*.<sup>94</sup> 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 compartimos las afirmaciones de Guyénot, ya que entendemos que éstas son correctas solo si hablamos de la franquicia tradicional, no de la franquicia de empresa que tiene una

---

<sup>92</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 27

<sup>93</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 28

<sup>94</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 28

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.<sup>95</sup>

**d) Contrato de Distribución.** Si bien en ambos contratos el franquiciante y el distribuidor negocian por cuenta propia, hay notorias diferencia 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

---

<sup>95</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 28-30

franquicia de empresa es diferente al del contrato de distribución; en cambio, la franquicia de un producto es asimilable a una forma de distribución.<sup>96</sup>

**e) 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.<sup>97</sup>

**f) 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.

---

<sup>96</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 31

<sup>97</sup> Fabián López Guzmán, "El contrato de franquicia internacional", Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.141-142

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.<sup>98</sup>

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.

#### **4. TERMINACIÓN Y CAUSAS DE RESCISIÓN DE LA 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,<sup>99</sup> o simplemente pueden dejarlo igual cambiando la cláusula del término.

##### **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,

---

<sup>98</sup> Fabián López Guzmán, *“El contrato de franquicia internacional”*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.142-143

<sup>99</sup> Fabián López Guzmán, *“El contrato de franquicia internacional”*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.532

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 operatoria.<sup>100</sup>

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, salvo que alguna de las partes ejerza la opción de no prorrogarlo y notifique a la otra parte su terminación.<sup>101</sup>

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.*<sup>102</sup>

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

---

<sup>100</sup> Ernesto E. Martorell, "Tratado de los contratos de empresa" tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 587-588

<sup>101</sup> Fabián López Guzmán, "El contrato de franquicia internacional", Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.539

<sup>102</sup> Ernesto E. Martorell, "Tratado de los contratos de empresa" tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 587-588

especificaciones que pacten al momento de tomar tal decisión. El contrato de franquicia se deja sin efecto, y por consiguiente se extinguen las obligaciones asumidas.<sup>103</sup>

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.<sup>104</sup>

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 reciprocas, 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 del 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, de 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”*.<sup>105</sup>

La posibilidad de rescisión unilateral sin aviso por una “razón importante” o incumplimiento es reconocida en todas las relaciones contractuales permanentes. Varias legislaciones

---

<sup>103</sup> Fabián López Guzmán, “El contrato de franquicia internacional”, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.543

<sup>104</sup> Fabián López Guzmán, “El contrato de franquicia internacional”, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.543

<sup>105</sup> República de Bolivia, Código Civil, art. 568

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 (Ley 273, Republica Dominicana). 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.<sup>106</sup>

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

---

<sup>106</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.106 -107

deviene imposible por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, éstas quedan liberadas, pudiendo variar sus efectos en las diversas legislaciones.<sup>107</sup>

b) Aplicabilidad de la teoría de la imprevisión por excesiva onerosidad sobreviniente.<sup>108</sup> 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.<sup>109</sup> 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”.<sup>110</sup>

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

---

<sup>107</sup> R. Rueda Valdivia y Lara Aguado, “contratación internacional (I)” En “Modulo: derecho de los negocios internacionales”, Maestría en derecho 2011-2012, Universidad andina Simón Bolívar.

<sup>108</sup> Ernesto E. Martorell, “*Tratado de los contratos de empresa*” tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 587-588

<sup>109</sup> R. Rueda Valdivia y Lara Aguado, “contratación internacional (I)” En “Modulo: derecho de los negocios internacionales”, Maestría en derecho 2011-2012, Universidad andina Simón Bolívar.

<sup>110</sup> República de Bolivia, Código Civil, art. 581

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.<sup>111</sup>

#### **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

---

<sup>111</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.97-108

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.<sup>112</sup>

#### **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.<sup>113</sup>

#### **4.2 CAUSAS DE RESCISIÓN DEL CONTRATO**

Cuando se haya incumplido en el contrato, si existe una declaración a voluntad de la parte perjudicada de rescindir<sup>114</sup> el contrato y desvincularse de la otra parte, dicha parte perjudicada tendrá todo el derecho a llevar a cabo dicha acción.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.99-100

<sup>113</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.100-101

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.<sup>116</sup>

**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.<sup>117</sup>

**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.<sup>118</sup>

**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.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Gutiérrez y González 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 partes.

<sup>115</sup> Aurora Hernando Giménez, "El contrato de Franquicia de Empresa", Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 379.

<sup>116</sup> Aurora Hernando Giménez, "El contrato de Franquicia de Empresa", Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 379.

<sup>117</sup> Aurora Hernando Giménez, "El contrato de Franquicia de Empresa", Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 379.

<sup>118</sup> Aurora Hernando Giménez, "El contrato de Franquicia de Empresa", Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 379.

<sup>119</sup> Aurora Hernando Giménez, "El contrato de Franquicia de Empresa", Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 379.

**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.<sup>120</sup>

Puede ocurrir así mismo 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.<sup>121</sup>

## **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 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.

---

<sup>120</sup> Aurora Hernando Giménez, "El contrato de Franquicia de Empresa", Madrid, Ed. Civitas, 2000, p. 379.

<sup>121</sup> Jiménez Fabio Fuentes Bernal, " El Contrato De Franchising ": Ed. Investigaciones Jurídicas, San José Costa Rica 1995, P. 54.

**Consideraciones generales:** se consignan bajo este capítulo en términos generales, las características distintivas del sistema por el cual se otorga la franquicia, la marca y las prestaciones de las partes.

**Establecer la inexistencia de relación laboral o sociedad:** es importante destacar que entre el franquiciante y el franquiciado no existe vínculo laboral ni societario, lo cual construye un atractivo más para la implementación de este contrato, ya que el franquiciante puede multiplicar indefinidamente su actividad, sin necesidad de establecer sucursales con personal dependiente.

**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.

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. Así mismo, 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. Así mismo, 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.

## **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.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> 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>

## **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 sub-franquiciador, un manual de operaciones que el sub-franquiciador debe proporcionar a los sub-franquiciados 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, 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.<sup>123</sup>

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.

## **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.

### **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.

---

<sup>123</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 25-27, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

2) No es vinculante para las partes.<sup>124</sup>

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.<sup>125</sup>

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.<sup>126</sup> 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”*.<sup>127</sup>

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

---

<sup>124</sup> Las partes no están obligadas a cumplir las obligaciones resultantes de la mediación, sino hasta la firma del acta donde es ahí que se convierte un acto obligatorio para los firmantes.

<sup>125</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 243-244

<sup>126</sup> República de Bolivia, Ley. N. 1770, de 10 de marzo de 1997 sobre arbitraje y mediación. Artículo 94 (Mediación) *“La mediación como medio alternativo para la solución de común acuerdo de cualquier controversia susceptible de transacción, podrá adoptarse por las personas naturales o jurídicas como procedimiento independiente o integrado a una iniciativa de conciliación”*.

<sup>127</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 244

mediador. Por todo lo antes mencionado, la mediación privada es frecuentemente utilizada y los contratos de franquicia la 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.<sup>128</sup>

## 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).<sup>129</sup>

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”*.<sup>130</sup> 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”*.<sup>131</sup>

Siendo esta facultad de las partes y no pudiendo ser discutida, dado que existen diversos

---

<sup>128</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 245

<sup>129</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 245-246

<sup>130</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 246

<sup>131</sup> 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) fecha de consulta 29/10/12

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,<sup>132</sup> 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;<sup>133</sup>
- 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;<sup>134</sup>
- 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

---

<sup>132</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 246-247

<sup>133</sup> Cristian Conejeros Roos, “Los costos en el arbitraje internacional” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005, p. 744

<sup>134</sup> Yves Derains, “Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005, p. 191-192

vinculado al mundo de los negocios, lo que puede crear diversos conflictos de intereses;<sup>135</sup>

- 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;<sup>136</sup>
- 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.<sup>137</sup>

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

---

<sup>135</sup> Katherine González Arrocha, “La constitución del tribunal arbitral independencia e imparcialidad” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005, p. 530

<sup>136</sup> Luis Alfredo Barragán Arango, “El laudo Arbitral” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005, p.657-658

<sup>137</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra, “Recursos contra el laudo arbitral” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005, p.671

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,<sup>138</sup> ecuatoriana,<sup>139</sup> y muchas europeas como suiza,<sup>140</sup> española,<sup>141</sup> italiana,<sup>142</sup> alemana,<sup>143</sup> 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 *“el 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 considerara 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”*<sup>144</sup>

## 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.<sup>145</sup> La legislación boliviana regula el arbitraje en la ley no. 1770 de 10 de marzo de 1997 en su art. 3

---

<sup>138</sup> República de Bolivia, Ley no 1770 de 10 de marzo de 1997, art. 32

<sup>139</sup> República del Ecuador, Ley 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997, art. 5 inciso 3

<sup>140</sup> Suiza, Ley de derecho internacional privado de 1987, art. 178

<sup>141</sup> España, Ley 60 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, art. 22

<sup>142</sup> Italia, Código de procedimiento civil modificado por la ley 25 de 1994, art. 808

<sup>143</sup> Alemania, Código de procedimiento civil, sección 1040

<sup>144</sup> Juan Pablo Cárdenas Mejía, *“La autonomía del contrato de arbitraje” en “El contrato de arbitraje”*, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005, p. 79

<sup>145</sup> Osvaldo J. Marzorati. *“Franchising”*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.248

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”*.<sup>146</sup>

**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 libre cuando se tramita de acuerdo a las normas que las partes comprometientes fijen, sin atadura a ninguna formalidad procedimental.<sup>147</sup>

**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.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> República de Bolivia, Ley no. 1770 de 10 de marzo de 1997, art. 3

<sup>147</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.248

<sup>148</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.248-249

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. VII 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.”*<sup>149</sup> 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 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”*.<sup>150</sup>

### **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. 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 en 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.

---

<sup>149</sup> Ruben Santos Belandro, “Arbitraje privado” compendio normativo, Convención internacional para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscritas en Ginebra, Suiza el 26 de septiembre de 1927.

<sup>150</sup> Ruben Santos Belandro, “Arbitraje privado” compendio normativo, acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur, suscrito en Buenos Aires, Argentina el 23 de julio de 1998.

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.<sup>151</sup>

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.

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

---

<sup>151</sup> Fabián López Guzmán, *“El contrato de franquicia internacional”*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2007, p.180

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.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> Ricardo Martín Ardiles Moreno, *“La regulación de las franquicias comerciales en Bolivia”*, [http://www.eldiario.net/noticias/2010/2010\\_07/nt100710/1\\_05opn.php](http://www.eldiario.net/noticias/2010/2010_07/nt100710/1_05opn.php)

## CAPÍTULO II

### ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA A REGULAR

#### 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 sí una relación jurídica”*.<sup>153</sup>

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, esté en condiciones para surtir todos los efectos jurídicos. Por esto tenemos:

##### 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.<sup>154</sup>

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

---

<sup>153</sup> República de Bolivia, Código Civil, art. 450

<sup>154</sup> Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, “Teoría general del contrato y los demás actos o negocios jurídicos”, Bogotá, Ed. Temis, 1994, p. 145

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.<sup>155</sup>

Según el código civil boliviano en su art. 473, de los vicios del consentimiento son el error, la violencia y el dolo.

**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.<sup>156</sup>

**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.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, "Teoría general del contrato y los demás actos o negocios jurídicos", Bogotá, Ed. Temis, 1994, p.180

<sup>156</sup> Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, "Teoría general del contrato y los demás actos o negocios jurídicos", Bogotá, Ed. Temis, 1994, p.181

<sup>157</sup> Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, "Teoría general del contrato y los demás actos o negocios jurídicos", Bogotá, Ed. Temis, 1994, p.212

**Dolo:** Según la definición de Pothier, el dolo es “toda especie de artificio de que alguien se sirve para engañar a otro.”<sup>158</sup> 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.<sup>159</sup>

**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:** este es el que aquí nos interesa; 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.

---

<sup>158</sup> Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, “Teoría general del contrato y los demás actos o negocios jurídicos”, Bogotá, Ed. Temis, 1994, p.202

<sup>159</sup> Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, “Teoría general del contrato y los demás actos o negocios jurídicos”, Bogotá, Ed. Temis, 1994, p.202

**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.*<sup>160</sup>

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.

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

---

<sup>160</sup>Wilfredo Cervantes Ortiz, “Manual de contratos” tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 33

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”* <sup>161</sup>

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.<sup>162</sup>

**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.<sup>163</sup> Resulta de ello que según Capitant, la causa deja de ser elemento en la formación del contrato y se transforma en un elemento de la ejecución del mismo.<sup>164</sup>

**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.<sup>165</sup>

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

---

<sup>161</sup> Wilfredo Cervantes Ortiz, “Manual de contratos” tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 34-35

<sup>162</sup> Wilfredo Cervantes Ortiz, “Manual de contratos” tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 34-35

<sup>163</sup> Marcel Planiol, Georges Ripert, “Derecho civil”, México D.F., Ed Oxford university press, 1999, p. 836

<sup>164</sup> Wilfredo Cervantes Ortiz, “Manual de contratos” tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 34-35

<sup>165</sup> Wilfredo Cervantes Ortiz, “Manual de contratos” tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 34-35

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.<sup>166</sup>

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<sup>167</sup>. 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.<sup>168</sup>

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 misma manera. No alude a la necesidad de una causa para las obligaciones,<sup>169</sup> en cambio que el Código Italiano,<sup>170</sup> 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 art. 489 y 490 del código civil boliviano.<sup>170</sup>

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

---

<sup>166</sup> Wilfredo Cervantes Ortiz, "Manual de contratos" tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 34-35

<sup>167</sup> Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, *En Instituciones de derecho privado "Contratación contemporánea"* Teoría general y principios, Bogotá, Ed. Temis, 2000, p. 55

<sup>168</sup> Wilfredo Cervantes Ortiz, "Manual de contratos" tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 34-35

<sup>169</sup> Marcel Planiol, Georges Ripert, "Derecho civil", México D.F., Ed Oxford university press, 1999, p. 838

<sup>170</sup> Wilfredo Cervantes Ortiz, "Manual de contratos" tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 34-35

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.<sup>171</sup>

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).<sup>172</sup>

**La Solemnidad:** Es el conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles, 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:

---

<sup>171</sup> Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, *En Instituciones de derecho privado "Contratación contemporánea"* Teoría general y principios, Bogotá, Ed. Temis, 2000, p. 57

<sup>172</sup> Francesco Messineo, *"Doctrina general del contrato" tomo I*, Buenos Aires, Ed. Ediciones jurídicas Europa América, 1952, p. 109-110

**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 si 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, 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.<sup>173</sup>

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.<sup>174</sup> Esta figura se encuentra en el art. 561 del código civil boliviano.

---

<sup>173</sup> Francesco Messineo, “*Doctrina general del contrato*” tomo I, Buenos Aires, Ed. Ediciones jurídicas Europa América, 1952, p. 79

<sup>174</sup> Wilfredo Cervantes Ortiz, “Manual de contratos” tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005, p. 101-102

**Forma:** En el Código civil boliviano, art 491 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. 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 nuestro territorio por motivo de la poca seguridad jurídica que se brindaba a este sector, por esto se considera regular lo siguiente:

## 2. ELEMENTOS DE FONDO

### 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 adopta el país sobre el tema en cuestión,<sup>175</sup> 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.”*<sup>176</sup> Se le puede agregar

---

<sup>175</sup> En cuanto a empresarios particulares se refiere, en las encuestas realizadas se les preguntó si es que tenían conocimiento de lo que es una franquicia, a lo que la mayoría contestó con una noción bastante reducida exceptuando algunos que tenían el concepto muy claro de lo que es una franquicia, por lo tanto se puede afirmar que muchos empresarios particulares tienen una buena noción, pero faltante de elementos esenciales, no terminaban de englobar en su respuesta todo lo que significa una franquicia comercial. Es por esto que es muy útil incluir un concepto así no existen dudas sobre el criterio que se adopta de franquicia.

<sup>176</sup> La EFF (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 F.E.F. 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. Está Federación elaboro el Código Deontológico Europeo de la Franquicia para reflejar la conducta que deben seguir los usuarios del sistema de franquicias en Europa.

[http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo\\_Deontologico\\_Europeo\\_franquicia.pdf](http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf)

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”*.<sup>177</sup>

## **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, es 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”*<sup>178</sup>; la legislación brasilera en la Ley no. 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 con una Circular de Oferta de Franquicia, en un lenguaje escrito claro y accesible”*.<sup>179</sup>

Así mismo 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 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,<sup>180</sup> obviamente cada legislación posee sus particularidades, plazos distintos, diversos temas adicionales, etc., pero en esencia es el todos los cuerpos normativos mencionados, buscan

---

<sup>177</sup> Republica del Brasil, Ley no. 8955/94 que regula el contrato de franquicia y rige sobre otros asuntos, art. 2

<sup>178</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 186

<sup>179</sup> Republica del Brasil, Ley no. 8955/94 que regula el contrato de franquicia y rige sobre otros asuntos, art. 3 para ver el modelo de la ley. Revisar el anexo No 3. pág. 136.

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.

Como se vino estudiando la información previa se considera una las partes más importantes que se debe incorporar en la legislación debido a que se le obligara 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<sup>181</sup> que tiene el *“propósito de*

---

<sup>181</sup> FUNDEMPRESA es una fundación sin fines de lucro que opera el Registro de Comercio de Bolivia con talento humano calificado y calidad certificada, difundiendo su importancia y utilidad, simplificando procedimientos, asesorando al usuario de manera efectiva, en coordinación y bajo la supervisión del Estado Plurinacional.

*brindar seguridad jurídica a todas las actividades empresariales. Otorga el certificado de nacimiento, existencia y defunción a las empresas*".<sup>182</sup> 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 como se estudió, 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*<sup>183</sup> que ya se encuentra dentro de sus funciones.

### **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.<sup>184</sup> 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

---

<sup>182</sup> [http://www.fundempresa.org.bo/docs/content/informacion-institucional\\_178.pdf](http://www.fundempresa.org.bo/docs/content/informacion-institucional_178.pdf)

<sup>183</sup> [http://www.fundempresa.org.bo/docs/content/informacion-institucional\\_178.pdf](http://www.fundempresa.org.bo/docs/content/informacion-institucional_178.pdf)

<sup>184</sup> Instituto internacional para la unificación de derecho privado (UNIDROIT), "Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional", Roma 2005, p. 172

franquiciador sin permiso.<sup>185</sup> 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 proporcione 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 en 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, tanto 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

---

<sup>185</sup> Instituto internacional para la unificación de derecho privado (UNIDROIT), *“Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional”*, Roma 2005, p. 170

(territorio de exclusividad del antiguo franquiciado o, por ejemplo, radio de determinados kilómetros en torno a las franquicias que pertenecen a la red).<sup>186</sup>

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 tendrá 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 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.<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> Instituto internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), *“Ley modelo sobre la divulgación de la Información en materia de franquicia”*, Roma, 2007

<sup>187</sup> Ver <http://ginkocarreras.blogspot.com/2008/07/la-clausula-de-no-competencia.html> fecha de consulta 02/02/2013

## 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.<sup>188</sup>

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.<sup>189</sup> 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.<sup>190</sup>

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

---

<sup>188</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 27-30, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

<sup>189</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 27-30, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

<sup>190</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 27-30, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

como de cualesquiera documentos colaterales, es por tanto una cuestión crítica y con frecuencia delicada.<sup>191</sup> 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.<sup>192</sup> 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

---

<sup>191</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 27-30, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

<sup>192</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 27-30, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

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.<sup>193</sup>

## **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.<sup>194</sup>

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 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

---

<sup>193</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), *guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*, Roma, 2005, p. 27-30, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

<sup>194</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), *guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*, Roma, 2005, p.108-110, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

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.<sup>195</sup>

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 por ciento nacionales y 40 por ciento importados”*<sup>196</sup> 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”*.<sup>197</sup>

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

---

<sup>195</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p.108-110, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

<sup>196</sup> Roberto Crocco, Gerente general de Burger King Bolivia, datos extraídos de una entrevista para el portal de internet <http://industriabolivia.blogspot.com/2009/02/burger-king-anuncia-plan-para-atraer.html>

<sup>197</sup> Roberto Crocco, Gerente general de Burger King Bolivia, datos extraídos de una entrevista para el portal de internet <http://industriabolivia.blogspot.com/2009/02/burger-king-anuncia-plan-para-atraer.html>

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.<sup>198</sup>

## 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 de éste.<sup>199</sup> 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

---

<sup>198</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 108-110, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

<sup>199</sup> William Namén Vargas, "las cláusulas abusivas" en "Revista de derecho comparado" cláusulas abusivas II, Buenos aires, Ed. Rubinzal - Culzoni p. 183

las partes contratantes. De hecho, una cláusula aisladamente contemplada no puede ser abusiva, de una manera abstracta. Podrá aparecer como tal solo después de un análisis del conjunto de las disposiciones del contrato en el que está estipulada.<sup>200</sup>

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 que 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.<sup>201</sup>

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 dice que *“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”*.<sup>202</sup>

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 insuficiente, en el entendido de que una cláusula deberá

---

<sup>200</sup> Christian Larroumet, *“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, p. 175,176

<sup>201</sup> 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/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:ES:HTML>

<sup>202</sup> 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](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-2007.html) fecha de consulta 4/10/2012

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.

### **2.6.1 CLÁUSULAS ABUSIVAS ABIERTAS O GENERALES.**

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 que *"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"*.<sup>203</sup>

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.

---

<sup>203</sup> 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/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:ES:HTML>

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.

### **2.6.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PARTICULAR.**

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,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.<sup>204</sup>

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

---

<sup>204</sup> 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](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-2007.html), fecha de consulta 4/10/2012

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.<sup>205</sup>

Es importante mencionar que de los resultados de las encuestas realizadas a los empresarios bolivianos, se tuvo una respuesta positiva en la pregunta de si encontraban cláusulas abusivas en sus contratos, empero las llamaron cláusulas “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

---

<sup>205</sup> Salvador Jiménez Mariscal, *“el contrato de franquicia - cómo negociar los contratos de franquicia”*, V jornadas de distribución comercial y comercio interior, 1998, Universidad de Castilla - La Mancha

- 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.

## **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 EEUU 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.<sup>206</sup>

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;

---

<sup>206</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p.143

- 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.<sup>207</sup>

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.<sup>208</sup>

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,

---

<sup>207</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 48-50, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

<sup>208</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 48-50, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

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.<sup>209</sup>

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.<sup>210</sup>

Lo que se pretende, es que como ocurre en EEUU, 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.

## **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, el cual Bolivia es país signatario, dice que: *“se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia*

---

<sup>209</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 48-50, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

<sup>210</sup> Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), guía para los acuerdos de franquicia principal internacional, Roma, 2005, p. 48-50, ver <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

*habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte”.*<sup>211</sup>

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. Así lo sancionan la Constitución y el Código de Comercio de Bolivia en sus artículos 1 y 2, además de la ley de Organización Judicial de Bolivia en sus artículos 25 y 26.

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”.*<sup>212</sup>

Así mismo 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*

---

<sup>211</sup> 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> fecha de consulta 10 de octubre de 2012

<sup>212</sup> 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> fecha de consulta 10 de octubre de 2012

*contrato o de las circunstancias del caso, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.*<sup>213</sup>

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”.*<sup>214</sup>

Así mismo, 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”.*<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma, 19 de junio de 1980. Ver <http://www.cocin-cartagena.es/exterior/pdf/TR02.pdf>, fecha de revisión 10 de octubre de 2012

<sup>214</sup> 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> fecha de consulta 10 de octubre de 2012

<sup>215</sup> Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma, 19 de junio de 1980. Ver <http://www.cocin-cartagena.es/exterior/pdf/TR02.pdf>, fecha de revisión 10 de octubre de 2012

### 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 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, donde sale de su contenido 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*.<sup>216</sup>

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

---

<sup>216</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 239

régimen sucesorio, los derechos reales, los contratos de seguros, y otros regímenes especiales.<sup>217</sup>

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.<sup>218</sup>

### **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.

---

<sup>217</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 240

<sup>218</sup> Osvaldo J. Marzorati. "Franchising", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 240

- 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 quedaran sujetas a la propia jurisdicción local sin perderse el derecho de accionar ante el foro de la administración principal.<sup>219</sup>

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 tribunal”*<sup>220</sup> que debe ser exclusivo y por escrito o que se tenga una prueba fehaciente de ulterior consulta que se designó dicho tribunal.

---

<sup>219</sup> Osvaldo J. Marzorati. “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001, p. 240-241

<sup>220</sup> 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

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.<sup>221</sup>

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 sometiéndolo 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 empezar a construir los lineamientos jurídicos básicos y fundamentales para que en el corto plazo 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.

---

<sup>221</sup> 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

### **3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **3.1 CONCLUSIONES**

Consideramos puntualizar sobre cada una de las conclusiones a las que hemos llegado a partir del análisis realizado en la presente investigación.

1.- La expansión que se ha experimentado en el terreno de las franquicias en Bolivia tiene mucha fuerza, proporcionando beneficios económicos a nuestra sociedad que son notables: 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.

2.- En lo que respecta a la fuerza de la marca, la experiencia indica que en un país como Bolivia, ello no significa éxito: sabemos que los franquiciantes ya tienen directrices establecidas, las campañas de marketing son muy agresivas a nivel mundial, llegando a penetrar a cualquier cultura, aunque se encuentre firmemente arraigada a sus costumbres. Sin embargo, se debe entender que en Bolivia la característica más importante es la capacidad de adaptación, es decir, flexibilizar los términos del contrato para adaptarlos a las particularidades del país sin afectar al sistema, imagen, prestigio etc., que le costó construir al franquiciante. Tomando en cuenta que las exigencias contractuales al franquiciado local deben ser menores que las exigencias del sistema a nivel internacional debido a que en Bolivia se hace sumamente difícil alcanzar determinadas obligaciones, que por consiguiente hacen que el producto final sea costoso y difícil de satisfacer por la mayoría de la población. Un ejemplo demostrativo es el que ocurrió con Mc Donald's que abrió su primera franquicia en el año 1997 viéndose obligada a cerrar en el año 2002 por falta de rentabilidad.

3.- Con respecto al principio de autonomía de la voluntad, se puede concluir que si bien lo ideal es que en un contrato de franquicia se negocie con plena autonomía material y autonomía conflictual, donde la primera alude a la facultad que tienen las partes que celebran un contrato, fijar el contenido de éste y cláusulas específicas. La segunda les permite a los contratantes decidir el ordenamiento jurídico aplicable a su relación. En la actualidad de los franquiciados bolivianos, muy a menudo los derechos y obligaciones de la convención son determinados unilateralmente por la voluntad del franquiciante. El franquiciado, por su inferioridad económica, se limita a aceptar o rechazar el texto contractual sin haber participado en su elaboración, resultando que se convierte en contrato de franquicia bajo la fórmula de adhesión que la generalidad de encuestados se ha sometido.

4.- En cuanto a 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 hablamos de los elementos de fondo, originalmente la legislación boliviana no es propicia para que se asienten las franquicias en nuestro territorio por motivo de la poca seguridad jurídica que se brindaba a este sector. Esta realidad está claramente reflejada en las encuestas realizadas para esta investigación donde la mayoría de encuestados propietarios de franquicia y particulares perciben que no se tiene una seguridad jurídica necesaria. Desde el punto de vista de los empresarios franquiciados que están involucrados más que nadie en el tema, existe la percepción de que toda su situación legal se encuentra establecida en un contrato firmado con la empresa franquiciante, y que no tienen más opciones que las que están inmersas en el texto que accedieron a firmar. Por otra parte otros simplemente no tienen conocimiento sobre el tema.

5.- Brasil es el caso más interesante de franquicias en América Latina, pues posee una legislación sobre franquicias, esto es la Ley No. 8955/94 que contiene un gran número de

elementos muchos de los cuales considero que Bolivia debería incorporar. 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 al desarrollo, pues 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<sup>222</sup>, lo cual supone que constituya el segundo mercado a nivel mundial de este formato de negocios. Y la gran mayoría de franquicias son nacionales dejando muy poco espacio para franquicias extranjeras, y sorprendentemente, manteniendo rezagadas a las franquicias estadounidenses.

6.- En cuanto a las cláusulas abusivas que la definición consta en el subtítulo 2.6.1, (*cláusulas abusivas abiertas o generales*), en la encuesta realizada a los franquiciados bolivianos, vimos que todos se sometieron a un contrato de adhesión, pero ninguno declaró que en su contrato existieran cláusulas abusivas, más bien las denominaron como “duras” o “difíciles de cumplir”. En nuestra opinión se está equilibrando en una delgada línea porque dadas las circunstancias actuales del mercado boliviano, con buen potencial de crecimiento y desarrollo, la población está experimentando un mayor poder de compra, por lo que estas cláusulas consideradas duras, se convierten en posibles de cumplir. Empero se plantea la interrogante de qué pasaría si este *status quo* se modifica, y el mercado boliviano sufre un retroceso, causando un posible detrimento o desequilibrio en los derechos y obligaciones, o excesiva onerosidad sobreviniente a los franquiciados. En este caso, considero que estas cláusulas eventualmente entrarían en la categoría de abusivas.

---

<sup>222</sup>Asociación Brasileña de Franquicias, Ver [http://www.portaldofranchising.com.br/arquivos/2012\\_Directrices.pdf](http://www.portaldofranchising.com.br/arquivos/2012_Directrices.pdf), fecha de consulta 15 de noviembre de 2012

7.- En cuanto a la ley y foro aplicable, y la potencial utilización del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, está claro que mediante el principio de autonomía de la voluntad de las partes, se puede aplicar la legislación que las partes consideren más apropiada. Los resultados de las encuestas mostraron que todos, exceptuando únicamente la franquicia nacional, en caso de controversia se someterían a la jurisdicción del franquiciante, es decir se someten a la jurisdicción extranjera, poco familiar para los empresarios bolivianos que por más que sean empresarios o empresarias con alto conocimiento, no tienen las mismas garantías y conocimiento del sistema judicial, del que tendrían en el supuesto de someterse a sus propias leyes nacionales. Por esto, a nuestro criterio, es necesario que se incorpore a la legislación opciones más cercanas de resolver los conflictos para que los empresarios puedan desenvolverse mejor a la hora de defender sus intereses. Una de ellas podría ser el arbitraje en sede boliviana.

8.- La propuesta de los lineamientos jurídicos fundamentales para en un futuro incorporar el contrato de franquicia al Código de Comercio tendrá 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. En las encuestas se refleja que los empresarios bolivianos dueños de franquicia y otros interesados en adquirir una, creen necesario que se incorpore una legislación específica sobre franquicias al código de comercio.

### 3.2 RECOMENDACIONES

Debido a la gran concordancia de respuestas positivas de los encuestados nacionales podemos recomendar que se incorpore un capítulo sobre el contrato de franquicia al Código de Comercio, pues se trata de una actividad comercial utilizada en nuestro país, por lo tanto debe estar sujeta a reglas claras que conformen un marco jurídico donde se regirán 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. El tomador se encuentra sujeto a instrucciones y controles por parte del otorgante que garanticen el cumplimiento del sistema y el éxito del negocio. Como contraprestación, el tomador debe abonar una suma inicial determinada y una serie de importes sucesivos también predeterminados durante toda la vigencia del contrato”.<sup>223</sup>

A continuación es prudente incorporar en el mismo capítulo, los siguientes elementos:

a) El franquiciante deberá otorgar de manera obligatoria al franquiciado, bajo pena de nulidad, y con por lo menos 30 días de anticipación a la firma del contrato de franquicia, información completa acerca del negocio, en un formulario que se puede denominar Circular de Oferta de

---

<sup>223</sup> Burlas-Couso, en Etcheverry, Contratos parte especial, tomo 1, p. 389

Franquicia, como pudimos ver anteriormente en la parte referente a la información previa que expresa el art 3 de la Ley no. 8955/94 que regula el contrato de franquicia de la legislación brasilera.

El documento será de la siguiente manera:

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.

Por último, para evitar que se siga engañando impunemente a una serie de inversionistas con falsas promesas de que van adquirir negocios súper exitosos, por medio de los cuales van a recuperar su inversión en lapsos de tiempo muy cortos, se sugiere que se incorpore a el mencionado capítulo el requisito que para poder otorgar una franquicia, el franquiciante tiene que tener el negocio probado y haberlo explotado con un mínimo de dos años.

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”*.<sup>224</sup> Entonces si lo tratamos de extrapolar al tema en cuestión que es el de la franquicia 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,

---

<sup>224</sup> Jorge Pérez Vega, *“La doctrina y clausula Calvo en el derecho internacional, su evolución y practica”* en *“Derecho internacional de los negocios”*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 231

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 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, como es la situación actual de los franquiciados bolivianos, si surge 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 incluirá 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 en este capítulo que las polémicas que surjan del contrato serán automáticamente tratadas con la ley boliviana. Además siendo la ley nacional de Bolivia una ley subsidiaria a los vacíos de derecho que se encuentren en la relación jurídica siguiendo lo dispuesto por el art. 9 de la convención de México: *“se aplicara la ley del estado donde el contrato presente los vínculos más estrechos”*.

Se debe incorporar una parte específicamente restringiendo las cláusulas abusivas donde se tome en cuenta las dos clases que se estudiaron anteriormente, las cláusulas abusivas abiertas o generales y las particulares donde se puede imitar a la legislación española tomando en cuenta estos parámetros:

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,
- 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 es algo importante para que los empresarios nacionales tengan estabilidad de un negocio por varios años, es por eso que se pretende incorporar en el capítulo sobre franquicias la renovación y/o prórroga de la franquicia que se hará efectiva a menos que el franquiciado:

- 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, ya que hay que 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. Nosotros, a diferencia de la legislación anglosajona, tenemos códigos y regulaciones que suplen aquellos aspectos del contrato no regulados expresamente.

#### 4.- BIBLIOGRAFÍA

- Barragán Arango, Luis Alfredo, “El laudo Arbitral” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005
- Bercovitz Rodríguez-cano, Alberto, “el derecho de patentes” en “derecho de la propiedad industrial” Consejo general de los colegios oficiales de corredores de comercio, Madrid, Ed. Dykinson S.L., 1993
- Botana Agra, M., “las marcas internacionales” en “derecho de la propiedad industrial” Consejo general de los colegios oficiales de corredores de comercio, Madrid, Ed. Dykinson S.L., 1993
- Burlas-Couso, en Etcheverry, Contratos parte especial, tomo 1,
- Cárdenas Mejía, Juan Pablo, “La autonomía del contrato de arbitraje” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005
- Cervantes Ortiz, Wilfredo, “Manual de contratos” tomo 1, Sucre, Ed. Tupac Katari, 2005
- Conejeros Roos, Cristian, “Los costos en el arbitraje internacional” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005
- Derains, Yves, “Clausulas compromisorias patológicas y combinadas” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. 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, Ed Pirámide, 2005
- Farina, Juan M., “Contratos Comerciales Modernos” modalidades de contratación empresaria, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005
- Fuentes Bernal, Jiménez Fabio, “El Contrato De Franchising”, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José Costa Rica 1995

- González Arrocha, Katherine, “La constitución del tribunal arbitral independencia e imparcialidad” en “El contrato de arbitraje”, Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005
- Gutiérrez y González 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 partes.
- Hernando Giménez, Aurora, “El contrato de Franquicia de Empresa”, Madrid, Ed. Civitas, 2000
- Jiménez Mariscal, Salvador, “el contrato de franquicia - cómo negociar los contratos de franquicia”, V jornadas de distribución comercial y comercio interior, 1998, Universidad de Castilla - La Mancha
- 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
- López Guzmán, Fabián, “El contrato de franquicia internacional”, Bogota, Ed. Temis S.A., 2007
- Maldonado Calderón, Sonia “Contrato de franchising”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994
- Martorell, Ernesto E., “Tratado de los contratos de empresa” tomo III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997
- Marzorati, Osvaldo J., “Franchising”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001
- Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., En Instituciones de derecho privado “Contratación contemporánea” Teoría general y principios, Bogotá, Ed. Temis, 2000
- Messineo, Francesco, “Doctrina general del contrato” tomo I, Buenos Aires, Ed. Ediciones jurídicas Europa América, 1952

- Monroy Cabra, Marco Gerardo, "Recursos contra el laudo arbitral" en "El contrato de arbitraje", Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005
- Namén Vargas, William, "las cláusulas abusivas" en "Revista de derecho comparado" cláusulas abusivas II, Buenos aires, Ed. Rubinzal - Culzoni
- Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo, "Teoría general del contrato y los demás actos o negocios jurídicos", Bogotá, Ed. Temis, 1994
- Planiol, Marcel, Ripert, Georges, "Derecho civil", México D.F., Ed Oxford university press, 1999
- Rueda Valdivia, R. y Aguado, Lara, "contratación internacional (I)" En "Modulo: derecho de los negocios internacionales", Maestría en derecho 2011-2012, Universidad andina Simón Bolívar.
- Santos Belandro, Rubén, "Arbitraje privado" compendio normativo, Convención internacional para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscritas en Ginebra, Suiza el 26 de septiembre de 1927, Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur, suscrito en Buenos Aires, Argentina el 23 de julio de 1998.
- Santos Belandro, Rubén, "Arbitraje comercial internacional", México, Ed. Oxford University press, 2000
- Silva Romero, Eduardo, "Breves observaciones sobre el principio "kompetenz-kompetenz"" en "El contrato de arbitraje", Bogotá, Ed. Legis S.A., 2005

## **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](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.p df](http://www.dib.unal.edu.co/cip/pi_can_decision486.pdf), fecha de consulta 16 de noviembre de 2012
- 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> fecha de consulta 10 de octubre de 2012
- 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>, fecha de revisión 10 de octubre de 2012
- 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/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:ES:HTML>
- [http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo\\_Deontologico\\_Europeo\\_franquicia.pdf](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.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.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.fundempresa.org.bo/docs/content/informacion-institucional_178.pdf)
- <http://www.embonor.cl>, Operación Bolivia. Fecha de consulta 22 de octubre de 2012
- [http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2011/11/111031\\_bolivia\\_fracaso\\_mc\\_donalds\\_lav.shtml](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) fecha de consulta 29/10/12
- 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](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-2007.html) fecha de consulta 4/10/2012

## **ANEXOS**

### **ANEXO 1.-**

#### **CUESTIONARIO PARA EMPRESARIOS.**

- 1.- ¿Qué clase de actividad comercial realiza o administra?
- 2.- ¿Bajo qué régimen legal se encuentra su actividad comercial?
- 3.- Al ser dueño de una franquicia indique que beneficios o perjuicios ha obtenido para su actividad económica.
- 4.- ¿Cree usted necesario incorporar el contrato de franquicia en nuestra legislación?
- 5.- ¿Nuestra actual legislación, le brinda a Usted en su calidad de franquiciante o empresario, la seguridad necesaria en caso de realizar un contrato de franquicia?
- 6.- ¿En caso de que surja alguna controversia se acudirá a la jurisdicción boliviana, tribunal arbitral o a la jurisdicción del franquiciante y que ley se aplicará?
- 7.- ¿Usted considera que en su contrato de franquicia existen cláusulas abusivas o que de alguna forma estas sean perjudiciales a sus intereses?

### **ANEXO 2.-**

#### **CUESTIONARIO PARA PARTICULARES.**

- 1.- ¿Sabe en qué consiste una franquicia comercial? Describir brevemente
- 2.- ¿Tiene usted interés en comprar una franquicia comercial? SI NO ¿por qué?
- 3.- ¿Entiende cuáles son los posibles riesgos al comprar una franquicia?
- 4.- ¿Sabe si existe alguna legislación sobre franquicias en el país?

5.- ¿Si contrata una franquicia preferiría estar en la situación legal actual, o que se incorpore una reglamentación específica de franquicias?

6.- ¿Nuestra legislación le brinda a Usted en su calidad de persona natural o colectiva, la seguridad necesaria en caso de obtener una franquicia?

### **ANÁLISIS DE DATOS.**

### **RESULTADO DE LA ENCUESTA A EMPRESARIOS PROPIETARIOS DE UNA FRANQUICIA.**

Matriz se presenta a continuación

**CUADRO No 1. EMPRESAS FRANQUICIADAS**

EMPRESA	CLASE DE ACTIVIDAD COMERCIAL	REGIMEN LEGAL DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL	Actividad económica		INCORPORACION DE CONTRATO DE FRANQUICIA A LA LEGISLACION BOLIVIANA	SEGURIDAD JURIDICA NECESARIA EN LA ACTUAL LEGISLACION	JURISDICCION EN CASO DE CONTROVERSA	CLAUSULAS ABUSIVAS O PERJUDICIALES
			Ventajas	Desventajas				
BURGER KING	comida rápida	S.A.	1.- desarrollo de la marca con éxito 2.- empresa rentable y en expansión.	No considera desventajas	si	más que el contrato, que es un contrato de adhesión prácticamente con la multinacional, la seguridad la da el desarrollo adecuado de la marca y el crecimiento del negocio para ambas partes.	jurisdicción del franquiciante	los cumplimientos de normas y estándares de calidad dentro de ciertos límites, que de no cumplirse pueden dar lugar al retiro de la franquicia de manera inmediata
SUBWAY	comida rápida	S.A.	1.- desarrollo de la marca con éxito 2.- empresa rentable y en expansión.	No considera desventajas	si	más que el contrato, que es un contrato de adhesión prácticamente con la multinacional, la seguridad la da el desarrollo adecuado de la marca y el crecimiento del negocio para ambas partes.	jurisdicción del franquiciante	los cumplimientos de normas y estándares de calidad dentro de ciertos límites, que de no cumplirse pueden dar lugar al retiro de la franquicia de manera inmediata
FLAVOR BURST	fabricación de helados	S.R.L.	1.- genera empleos. 2.- es un producto ya probado.3.- es un producto reconocido mundialmente	No considera desventajas	si		jurisdicción del franquiciante	no

<b>COCA-COLA</b>	producción y comercialización de productos (bebestibles)	S.A.	1.- poseer la marca no 1 a nivel mundial 2.- tener el know-how 3.- apoyo de la compañía en todas las actividades de marketing 4.- innovación constante en productos, servicios y tecnología de la información 5.- capacitación al personal 6.- publicidad innovadora y campañas de marketing agresivas	en algunos casos poco conocimiento de la política económica y social de los países. 2.- no se piensa localmente y actúa localmente. 3.- a veces sus exigencias son exageradas para la realidad de algunos países	si	no tengo conocimiento al respecto y menos si la legislación actual cuenta con algo relacionado al tema	jurisdicción del franquiciante	no abusivas, sino cláusulas duras. el franquiciante tiene que poner claras las reglas del juego porque se juega el prestigio de la marca, en muchos casos a nivel mundial, por lo que no son tolerantes en esos temas
<b>PEPSI</b>	producción y comercialización de productos (bebestibles)	S.A.	1.- producir y comercializar productos de una marca internacionalmente reconocida, 2.- el negocio recibe del franquiciante conocimientos para la producción y comercialización para una producción eficiente y de calidad reconocida y procedimientos de comercialización eficientes, 3.- soporte sobre marketing alineados a eventos internacionales.	1- altos costos de materias primas proporcionados exclusivamente por el franquiciante. 2- restricciones al uso de herramientas de marketing propios del negocio. 3.- restricciones para el uso de otros métodos y estándares de producción, equipos no homologados por el franquiciante.	si	no tengo conocimiento al respecto y menos si la legislación actual cuenta con algo relacionado al tema	jurisdicción del franquiciante	el beneficiario de una franquicia sabe a qué se ha metido y a las exigencias y reglas del juego que se ponen y que tienen que ser de estricto cumplimiento.
<b>CALZART</b>	producción y comercialización de zapatos		calidad probada, generación de empleos, tener un mercado establecido		si	no	legislación boliviana	no

**Fuente:** Empresas franquiciadas

**Elaboración:** El autor

Los resultados de este sondeo realizado resultan un tanto escasos, el grado de apoyo cosechado es muy bajo, ya que se tuvo mucha dificultad para poder realizar la encuesta debido al gran hermetismo de las empresas, donde muy pocas se atrevieron a contestar el cuestionario. Este silencio generalizado se cree que se debe al tabú de mantener guardada la información de las empresas por no divulgar información de cualquier tipo y mantenerla con recelo por temor a que se pueda filtrar secretos profesionales, técnicos, etc. y reciban amonestaciones o represalias de sus franquiciantes extranjeros. Habiendo dicho esto pasaremos a analizar los datos obtenidos que si bien cuantitativamente son reducidos, cualitativamente nos dicen mucho respecto a la actualidad de las franquicias que operan en el territorio boliviano.

Según podemos ver en la encuesta, las empresas franquiciadas más grandes en Bolivia pertenecen al rubro de fabricación y comercialización de bebidas gaseosas, al rubro de comida rápida y al de venta de prendas de vestir, todas son franquicias extranjeras excepto una franquicia de zapatos que es nacional. Hay que mencionar concordante con la introducción de esta sección que las demás franquicias de origen nacional como “Dulces Jensen” o “Manjar de Oro” ambas franquicias nacionales se pusieron muy susceptibles y no brindaron información.

Al preguntar a los franquiciados si estos se encuentran que régimen se encontraban, todos mencionaron encontrarse bajo el régimen de sociedad anónima (S.A.) lo cual implica que según el art. 217 del Código de Comercio de Bolivia, el capital está representado por acciones, la responsabilidad de los socios queda limitada al monto de las acciones que hayan suscrito.<sup>225</sup>

Y la particularidad es que las franquicias pertenecen a empresas grandes que compran las franquicias como un producto más para comercializar.

---

<sup>225</sup> República de Bolivia, Código de Comercio, art. 217

Este sondeo arrojó datos concluyentes sobre las ventajas y desventajas que ven los empresarios nacionales dueños de una franquicia, donde entre las ventajas tenemos que la gran mayoría destaca el hecho de poder una marca mundialmente conocida o por lo menos con un reconocimiento internacional muy importante; otra ventaja que se puede mencionar es todos creen al igual que la anterior ventaja, líneas atrás, es que la empresa es rentable y tiene posibilidades de expandirse con éxito, eso a comparación de muchos negocios locales es una ventaja enorme, el tener hoy en día la seguridad de decir que se tiene una empresa rentable es algo que cualquier empresario quisiera.

El poseer un know-how probado es una ventaja que destacan siendo ese el objetivo principal de comprar una franquicia, la transferencia de conocimiento que asegura un producto estandarizado y de calidad que se puede comercializar y vender fácilmente. Esta transferencia del know-how va acompañada de la otra ventaja que se resalta que es la asistencia técnica continua que asegura que la maquinaria, procedimientos etc., y todos los elementos estén funcionando para que el producto posea la calidad internacional que se está ofreciendo al consumidor.

Otra ventaja de los franquiciados es que las empresas ya tienen directrices establecidas, donde las campañas de marketing son muy agresivas a nivel mundial, llegando a penetrar a cualquier cultura, aunque se encuentre firmemente arraigada a sus costumbres, la empresa se hace notar.

Así también, algunos empresarios indicaron las desventajas que se tiene al ser dueño de una franquicia en Bolivia entre los cuales una muy marcada es la rigidez del franquiciante como ya se viene insistiendo, los franquiciantes no tienen mucha libertad de acción excepto guiados por las pautas impuestas en el contrato por eso muchas veces el franquiciante no tiene el conocimiento adecuado de la política económica y social de países como Bolivia y la realidad

es muy diferente de donde viene la franquicia. Además todos concuerdan con los altos costos de materiales distribuidos exclusivamente por el franquiciante, eso hace que el producto final sea más costoso para el consumidor, en un mercado como el boliviano los productos franquiciados muchas veces tienen un costo difícil de satisfacer por la gran mayoría de la población, es por eso que se mencionó al caso Mc Donald's que tuvo que cerrar por falta de rentabilidad, pero si el franquiciante está dispuesto a flexibilizarse con ciertas obligaciones se puede convertir a la franquicia en un negocio muy rentable.

Todos los franquiciantes concordaron categóricamente en que se debe incluir en la legislación boliviana el contrato de franquicia para que de alguna forma se tenga un marco jurídico adecuado. Agregando además que está ausente en nuestra legislación una normativa para que los bolivianos puedan otorgar franquicias de algún negocio desarrollado exitosamente en el país.

En lo que respecta a la seguridad jurídica que la legislación debe brindar en la actualidad, los encuestados señalan que no se tiene la seguridad necesaria, es decir, que los empresarios franquiciado que están involucrados más que nadie en el tema, creen que toda su situación legal se encuentra en un contrato firmado con la empresa franquiciante y no tienen más opciones que las que están inmersas en el contrato que accedieron a firmar. Por otra parte, otros simplemente no tienen conocimiento sobre el tema.

Cuando nos remitimos a la pregunta de a qué legislación se acudirá en caso de controversia respondieron que la legislación que será aplicable es la del franquiciante es decir se someten a la jurisdicción extranjera, poco familiar para los empresarios bolivianos que por más que sean empresarios o empresarias con alto conocimiento, no es lo mismo que someterse a sus propias leyes nacionales, a todo esto se exceptúa el caso de "Calzart" que es franquicia nacional y se sometería a la legislación boliviana, por esto es necesario que se incorpore a la legislación

opciones más cercanas de resolver los conflictos para que los empresarios puedan desenvolverse mejor a la hora de defender sus intereses.

Por último, se les hizo la pregunta de si en su contrato encontraban cláusulas abusivas a las cuales ninguno se animó a decir que fueran abusivas sino más bien las denominaron como cláusulas duras o exigentes que son de estricto cumplimiento a los estándares que el franquiciante plantea, que si no se está de acuerdo a someterse a estos parámetros no se celebra el contrato de franquicia.

### **RESULTADO DE LA ENCUESTA A EMPRESARIOS PARTICULARES INTERESADOS EN ADQUIRIR UNA FRANQUICIA.**

Matriz se presenta a continuación.

**CUADRO NO 2. EMPRESARIOS INTERESADOS EN ADQUIRIR FRANQUICIAS**

Empresa	EN QUE CONSISTE UNA FRANQUICIA COMERCIAL	INTERESADOS EN COMPRAR UNA FRANQUICIA COMERCIAL	POSIBLES RIESGOS DE COMPRAR UNA FRANQUICIA	EXISTENCIA DE LEGISLACION ESPECIFICA EN EL PAIS	SITUACION LEGAL ACTUAL O INCORPORACION DE LEGISLACION ESPECIFICA	LEGISLACION ACTUAL BRINDA LA SEGURIDAD JURIDICA
1	Transferencia de conocimiento y tecnología sobre un producto y/o servicio específico, el que adquiriente pagará un monto como derecho de uso de marca al momento de la compra y regalías periódicas de acuerdo a lo que convengan.	Si, porque ya es un negocio probado y que tiene mayor posibilidad de tener éxito (aunque no garantice el mismo).	El mayor riesgo contempla que el vendedor de la franquicia no se adapte a las particularidades del mercado al que se pretende introducir el uso de su marca, sin duda manteniendo la esencia de su producto y/o servicio.	Hasta donde tengo información, no existe ninguna	Optaría por que haya una reglamentación específica puesto que eso protegería tanto al dueño de la franquicia como al comprador de la misma. No tener reglas claras del juego es muy riesgoso y no vale la pena con los precios elevados que generalmente tienen las franquicias	Solo lo establecido en el código de comercio en general pero nada específico
2	Es la utilización del modelo de negocios de otra persona o empresa.	No, porque los valores de las franquicias son altos y con menos de esa inversión uno puede generar otros negocios.	El alto costo, no asegura el éxito de un negocio pese a ser un productos y/o servicio probado.	No existe	Por seguridad preferiría una reglamentación específica	Solo tenemos el código de comercio
3	si	si, porque es una forma de incrementar los ingresos, en el caso de que el producto ofertado sea de buena calidad y los métodos de venta que enseñen y las ganancias también	no	no	que se incorpore.	no se
4	si	si, por los beneficios económicos y comerciales que se obtienen.	no	no se	que se incorpore una reglamentación específica	no

5	entiendo como franquicia comercial como la propiedad única de un producto marca o logotipo registrada y que garantiza que no puede haber otra igual	si porque de esa manera obtengo la garantía de que otras personas no copien los desarrollos obtenidos por la empresa.	no	entiendo que si hay pero no estoy seguro si tienen una conexión internacional	creo que es prudente incorporar una legislación de franquicias.	no
6	Sí. Contar con el Know-How del franquiciado y las herramientas para emprender un negocio o consolidar una iniciativa bajo el paraguas de una franquicia	Sí me interesa, ya que es una forma de emprender algo con el respaldo de una empresa o marca de prestigio que garantiza de alguna manera el emprendimiento	La verdad que no, ya que aún no he iniciado un contacto en firme con un franquiciador para ver las condiciones, sin embargo supongo que los riesgos deberían ser mínimos ya que al tratarse de un buen negocio, ambos deberían ganar	No, creo que no existe nada al respecto	Como en todo, debería existir una reglamentación específica, caso contrario daría lugar a múltiples interpretaciones	No estoy seguro de esto. Si bien al firmar un contrato o convenio entre partes se pueden incorporar cláusulas específicas para tener las garantías respectivas, supongo que al firmar una franquicia, el modelo de contrato es el que usa el franquiciador y no el franquiciado, y no estoy seguro, o no sé, si se admite incorporar cláusulas de la legislación boliviana en este caso.
7	La franquicia es la práctica de utilizar el modelo de negocios de otra persona, es la 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, por la cual se paga un porcentaje sobre ventas	No. no tengo el interés de adquirir una franquicia comercial, considero que en Bolivia hay suficiente campo para que con un poco de creatividad se pueda construir una demanda	Podría ser el cambio de tendencia para cierto producto o servicio y que se haya realizado una inversión bastante interesante	En Bolivia, no existe legislación alguna sobre el contrato de franquicia, porque se trata de un contrato atípico, que en la actualidad ha cobrado gran importancia	considero que sería mejor en el caso de tener una franquicia esté reglamentada por una norma específica	No existe legislación al respecto, la Inexistencia de regulación En Bolivia no existe una Ley de franquicias, por tanto para la nueva relación contractual rige lo que las partes hayan pactado en el propio contrato respetando las disposiciones recogidas en el Código de Comercio y el Código Civil boliviano. La ventaja de no existir una Ley, es que existe libertad para la estipulación de las cláusulas contractuales y por tanto, las partes son libres para fijar las condiciones propias y lograr prevenir cualquier controversia mayo
8	Es la venta y la transferencia tecnológica de una empresa, utilizando el nombre y know-how de la empresa franquiciante	Si, yo voy a poder utilizar el prestigio de esa empresa, y voy a recibir la transferencia de conocimiento empresarial a un nivel competitivo	Si, si la dueña de la franquicia tiene un desprestigio o tiene un desequilibrio económico que incide en su imagen, eso puede afectarme	No	Si quisiera que se incorpore una reglamentación específica	Nuestra legislación no me brinda la seguridad necesaria en caso de tener una franquicia

Fuente: Empresas franquiciadas

Elaboración: El autor

En cuanto a empresarios particulares se refiere, se les preguntó si es que tenían conocimiento de lo que es una franquicia, a lo que la mayoría contestó con una noción bastante reducida exceptuando algunos que tenían el concepto muy claro de lo que es una franquicia, por lo tanto se puede afirmar que muchos empresarios particulares tienen una buena noción, pero faltante de elementos esenciales, no terminaban de englobar en su respuesta todo lo que significa una franquicia comercial.

Cuando se les pregunto si estaban interesados en comprar una franquicia la mayoría respondió que si estaba interesado en comprar una, debido a lo que se viene mencionando que tiene rentabilidad, apoyo empresarial y un know-how que dan buenas probabilidades de éxito, por el contrario los que no estaban interesados manifiestan que es muy costoso el derecho de entrada y no se garantiza el éxito.

En lo que se refiere a los riesgos que se pueden contraer al contratar una franquicia la respuesta fue muy variada mostrando una tendencia al desconocimiento de los riesgos, por otra parte los que si sabían de los riesgos marcaron que se tiene una fuerte inversión inicial que no es posible recuperar si, el negocio probado no da resultados en Bolivia por más que ya haya dados resultados en otros países, o también que se arriesgan a tener que mantener las exigencias del franquiciante sin poder acomodarse a las exigencias del mercado local y por ende, que no sea rentable el negocio.

En la pregunta que se les realizó de si tenían conocimiento de la existencia de una legislación especial sobre franquicias en el país la mayoría estaba al tanto que no existe una legislación específica y lo que hay es el Código de Comercio que regula cosas generales como propiedad intelectual, marcas y patentes pero nada concretamente sobre el tema que se esta tratando. A todo esto se puede complementar con la siguiente pregunta de si preferían la incorporación de esta normativa o mantenerse como se vienen realizando mediante contratos atípicos, las

respuestas mostraron una contundencia a favor de que se incorpore una legislación específica sobre el contrato de franquicia para que tengan la seguridad jurídica que se necesita.

Por último, se les preguntó si la legislación actual les brindaba la seguridad jurídica necesaria y la tendencia es concordante con que se necesita algo más que el mencionado Código de Comercio prefiriendo, otros directamente no perciben seguridad jurídica con la actual legislación, por lo tanto es concluyente que es necesario la incorporación de una legislación específica sobre la franquicia para que empresarios interesados en adquirir una franquicia den el salto con el respaldo de un marco legal.

### **ANEXO 3.-**

#### **Modelo de circular de oferta de franquicia de la legislación brasileña, Ley No. 8955/94 que regula el contrato de franquicia y rige sobre otros asuntos.**

Artículo 3 – Siempre que el franquiciador esté interesado en la implementación de un sistema de franquicia, deberá proporcionar al franquiciado en potencial con una Circular de Oferta de Franquicia, en un lenguaje escrito claro y accesible, conteniendo obligatoriamente la información siguiente:

I - un resumen del historial, tipo de sociedad o asociación y nombre completo o corporativo del franquiciador y de todas las compañías a él relacionadas directamente, así como los nombres por los que son conocidas y las direcciones;

II - balances generales y estados contables de la corporación franquiciadora en relación a los dos ejercicios anteriores;

III – una descripción precisa de todos los procesos legales envolviendo al franquiciador, sus compañías controlantes así como de los propietarios de las marcas, patentes y derechos (copyrights) relacionados a la operación, y sus sub-franquiciadores, cuestionando

específicamente el sistema de franquicia, o reclamaciones que puedan perjudicar su funcionamiento;

IV - descripción detallada de la franquicia, descripción general del negocio y de las actividades que serán realizadas por el franquiciado;

V - perfil del “franquiciado ideal” en relación a experiencia previa, nivel de instrucción y otras características que el franquiciado debe tener de forma obligatoria o preferible;

VI – exigencias relacionadas con el involucramiento directo del franquiciado en la operación y administración del negocio; y

VII - Especificaciones relacionadas con:

a) estimativa de la inversión inicial necesaria para la adquisición, implementación y puesta en operación de la franquicia;

b) valor de la cuota de afiliación inicial o tasa de franquicia y de garantía; y

c) el costo estimado de las instalaciones, equipos y existencias iniciales y también de las condiciones de pago;

VIII - información clara en relación a tasas periódicas y todos los demás montos que pagará el franquiciado al franquiciador o a terceros designados por el franquiciador, detallando las 12/14 respectivas bases para el cálculo de las cargas y qué es lo que ellas remuneran o cuál es su propósito, indicando específicamente, lo siguiente:

a) pago periódico por la utilización del sistema, de la marca o de los servicios proporcionados por el franquiciador al franquiciado (“royalties”);

b) arriendo de los equipos o instalaciones;

c) tasa de publicidad o similar;

d) seguro mínimo; y

e) otros montos debidos al franquiciador o a terceros a él relacionados;

IX - lista completa de todos los franquiciados, sub-franquiciados y sub-franquiciadores de la cadena, así como de todos aquellos que han salido del sistema en los últimos doce meses, con nombres, direcciones y números de teléfono;

X - en relación al territorio deben especificarse las informaciones siguientes:

a) si el franquiciador garantiza al franquiciado derechos de exclusividad o de preferencia en cualquier actividad o territorio; y

b) si el franquiciado puede vender o prestar servicios fuera de su territorio o si está autorizado a exportar;

XI - información clara y específica en relación a la obligación del franquiciado de adquirir mercancías, servicios o los materiales necesarios para el establecimiento, operación o administración de su franquicia, solamente de proveedores designados y aprobados por el franquiciador, proporcionando al franquiciado una lista completa de tales proveedores;

XII - descripción de los servicios y productos efectivamente ofrecidos al franquiciado por el franquiciador, en lo que se refiere a:

a) supervisión de la cadena;

b) servicios de orientación u otros proporcionados al franquiciado;

c) programa de capacitación a los empleados del franquiciado;

d) manuales de la franquicia;

e) asistencia en el análisis y selección del área en donde se establecerá la franquicia;

f) ayuda en el análisis y en la selección del área en donde se instalará el franquiciado; y

g) configuración y planes arquitectónicos de la instalación del franquiciado;

XIII - situación ante el INPI (Instituto Brasileño de la Propiedad Industrial) de las marcas y patentes cuyo uso sea autorizado por el franquiciador;

XIV - situación del franquiciado, después de la rescisión del contrato de franquicia, en relación

a:

a) conocimiento o servicio de la industria a la cual haya tenido acceso debido a la franquicia; y

b) implementación de actividades que compitan con las realizadas por el franquiciador; 13/14

XV - modelo estándar del contrato de franquicia y, si fuera pertinente, también del pre-contrato estándar utilizado por el franquiciador, con texto completo, incluyendo anexos y duración.