

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE NICARAGUA

UNAN-LEON

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES



**MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TITULO
DE LICENCIADO EN DERECHO**

**TITULO: APLICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA
EN NICARAGUA.**

AUTORES:

**Br. José Ramón Acevedo López.
Br. Josel Francisco Lara Guerrero.**

TUTORA:

Dra. Azucena Navas Mendoza.

León, Junio del 2004.

INDICE

Introducción	1
I. Antecedentes Históricos y Características del Contrato de Franquicia	
1.1 Nacimiento y Desarrollo	4
1.1.1 Antecedentes en la Edad Media.....	4
1.1.2 El inicio de la Franquicia en la Época Moderna.....	5
1.1.3 Primeros Sistemas de Franquicias	5
1.1.4 El gran auge de la posguerra.....	8
1.2 Concepto	10
1.3 Naturaleza Jurídica del Contrato de Franquicia.....	14
1.4 Ventajas del Contrato de Franquicia.....	14
1.5 Características del Contrato de Franquicia	16
1.6 Clasificación de las Franquicias	17
1.7 Causas de culminación del Contrato de Franquicia.....	19
1.8 Consecuencias de la culminación del Contrato de Franquicia	20
II. Elementos Personales del Contrato de Franquicia	
2.1 Sujetos del Contrato de Franquicia.....	22
2.2 Derechos y Obligaciones para los sujetos del Contrato de Franquicia	
2.2.1 Franquiciador	22
2.2.2 Franquiciado	23
2.3 Ventajas e inconvenientes en la celebración del Contrato de Franquicia	
2.3.1 Para el Franquiciador	25
2.3.2 Para el Franquiciado	26
2.3.3 Inconvenientes para ambas partes	27
III. Elementos Jurídicos y Económicos del Contrato de Franquicia	
3.1 Contenido Esencial del Contrato de Franquicia	29
3.2 Estructura del Contrato de Franquicia	30
3.3 Elementos del Contrato de Franquicia.....	30
3.4 Aspectos Económico Financieros del Contrato de Franquicia.....	32
3.5 Cláusulas del Contrato de Franquicia	33
3.6 Aspectos de Propiedad Industrial contenidos en el Contrato de Franquicia	
3.6.1 Concepto	36
3.6.2 Signos Distintivos	37
3.6.3 Marcas	38
3.6.4 Nombres Comerciales.....	39

3.7 Derechos de Autor	39
3.7.1 Manual de Operación.....	39
3.7.2 Obras Artísticas.....	40
3.7.3 Programa de Ordenador de Software.....	40
3.8 Dibujos y Modelos de Utilidad	40
3.9 Patentes	41
3.10 Competencia Desleal	41
IV. La Franquicia en el Derecho Comparado	
4.1 La Franquicia en Argentina	44
4.1.1 El Contrato de Franquicia y la Propiedad Industrial en Argentina.....	49
4.1.2 Leyes Laborales. Calificación del Franquiciado como Empleado	51
4.2 Experiencia Legal de las Franquicias en México	53
4.2.1 Registro y Protección de las Marcas en México.....	55
4.3 Regulación Jurídica de las Franquicias en España	57
4.3.1 Normativa	57
V. La Franquicia en Nicaragua	61
5.1 El Contrato de Franquicia.....	65
Conclusiones	66
Recomendaciones.....	68
Bibliografía	69
Anexos.....	71

INTRODUCCION.

Dada la necesidad de expandir el mercado, aparecen nuevas formas contractuales ejemplo de ello: El Contrato de Franquicia, en el que una de las partes busca como asegurar la calidad del producto poniendo énfasis en la notoriedad y popularidad de la marca.

Estando nuestro país dotado por su ubicación geográfica y viviendo un proceso de crecimiento económico este contrato se ha hecho presente en nuestra economía dando lugar a que un sinnúmero de empresas hagan uso particular de esta figura jurídica lo cual trae una serie de inconvenientes que van desde la falta de normas que lo regulen hasta la ausencia de usos y costumbres que puedan suplir estos vacíos dentro de nuestro sistema jurídico, es por tal razón que nos surge la inquietud de indagar y analizar si Nicaragua se encuentra preparada desde el punto de vista jurídico para la implantación de dicha figura propia de economías avanzadas.

Los objetivos que se perseguían con el presente trabajo monográfico eran, determinar la existencia de empresas que se encuentran bajo el régimen de franquicias en nuestro país de igual forma si existen procedimientos legales aplicables en el establecimiento de franquicias en Nicaragua; identificación de los aspectos de propiedad industrial contenidos en el contrato de franquicia; determinación de la existencia de normas que le den protección a empresas que estén bajo el régimen de franquicias y determinar la existencia de normas que afecten directamente al contrato de franquicia.

Este trabajo monográfico esta dividido en V capítulos, los que se desarrollan de la forma siguiente:

I Capitulo: Nacimiento y Desarrollo del Contrato de Franquicia, así como la naturaleza jurídica, características y tipos de contratos de franquicia.

II. Capitulo: Sujetos del Contrato de Franquicia, lo que incluye los derechos y obligaciones, las ventajas y las desventajas de las partes que suscriben el Contrato de Franquicia.

III. Capitulo: Los Elementos Jurídicos del Contrato de Franquicia que incluye el contenido esencial del contrato, estructura, explicación de las cláusulas del contrato y los aspectos de Propiedad Industrial contenidos en el contrato; también se integra a este capitulo los aspectos económicos del contrato de franquicia.

IV Capitulo: La Franquicia en el derecho comparado, tomando como ejemplo: Argentina, México y España.

V Capitulo: La Franquicia en Nicaragua, donde se establece la atipicidad del contrato, las leyes nicaragüenses que le afectan, el procedimiento que se lleva a cabo para el registro de marcas.

Para la recolección de la información se visitó la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-león, Biblioteca del Banco Central, en donde se consultaron monografías, libros de maestría y periódicos, también se visitó el Registro de la Propiedad Intelectual en donde se consultó que si las empresas que estaban establecidas como red de franquicias en Nicaragua habían inscrito la marca que pretendían explotar; se consultaron fuentes electrónicas las que sirvieron de base para la realización de la presente investigación. Se visitó las empresas franquiciadas establecidas en Nicaragua tales como Pizza Hut, MacDonalds, TGI Fridays, Coca Cola, entre otras, las que por estar sujetas a cláusulas de confidencialidad no pudieron brindarnos la información solicitada; se consultó

legislación extranjera, la que también sirvió de base en la realización del presente trabajo monográfico; se entrevistó por medios electrónicos al Dr. Guy Bendaña Guerrero quien fue de mucha ayuda en la realización del capítulo V pues nos orientó en la realización del mismo.

CAPITULO I.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

1.1. Nacimiento y Desarrollo.

El contrato de franquicia tal y como se conoce en la actualidad, es un fenómeno relativamente nuevo. Aunque históricamente las franquicias han sido utilizadas como medio para la prestación de servicios públicos, solamente en este siglo se han utilizado por el sector privado como un sistema de mercadotecnia aplicado a bienes y servicios.

El desarrollo del concepto de franquicias se remonta al siglo XII., sin embargo, existen dos épocas muy marcadas en el desarrollo de las franquicias como sistema comercial y de negocios: la primera, a partir de la segunda mitad se siglo XIX y principios del XX y la segunda desde la posguerra hasta nuestros días.

1.1.1 Antecedentes en la Edad Media.

El origen de la palabra franquicia se remonta a la edad media, época en la cual un soberano otorgaba o concedía un privilegio a sus súbditos, quienes en virtud del mismo podían realizar actividades tales como la pesca y la caza, reservadas en todo caso a determinadas zonas del reino. Tales autorizaciones o privilegios se designaban utilizando el termino "franc". Así mismo en Francia, las ciudades con "cartas francas" eran aquellas que tenían privilegios especiales que les garantizaban ciertas libertades.

1.1.2 El inicio de la Franquicia en la Época Moderna.

El primer antecedente de franquicia en los Estados Unidos fue probablemente el otorgamiento a particulares, por vía legislativa para la explotación de algunos servicios públicos o "public utilities" como fue el caso de los ferrocarriles y los bancos.

Aunque el otorgamiento de estos derechos implicaba vigilancia administrativa sobre la operación de los servicios, el derecho exclusivo de explotación permitía a los particulares obtener significativas ganancias.

De esta manera, las franquicias realizadas por el gobierno constituyeron un medio para desarrollar la prestación de esos servicios de una manera rápida y sin la utilización de dinero o fondos públicos.

1.1.3 Primeros Sistemas de Franquicias.

En los Estados Unidos durante la década de 1850 a 1860, la Singer Sewing Machine Company resolvió cambiar su estructura básica de funcionamiento, estableciendo una red de concesionarios (vendedores) a quienes se les cobraba una participación por el derecho a distribuir sus máquinas de coser en territorios específicos debido a los altos costos laborales que implicaba el sostenimiento de numerosos vendedores directos. Aunque Singer mantuvo este esquema tan solo por diez años, haciendo a Singer una de las marcas más reconocidas en el territorio norteamericano, sembró las bases del actual sistema de franquicias, habiendo sido ésta, una Franquicia de Producto y Marca, dando origen a los elaborados sistemas de franquicias.

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

Tal es el caso de las compañías manufactureras que en ausencia de capital y de personal capacitadas para desarrollar y operar establecimientos minoristas, otorgaban derechos exclusivos de distribución a comerciantes independientes.

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

En esta misma época la industria de gaseosas comenzó a utilizar igualmente el sistema de franquicias. En este caso, una embotelladora (franquiciado) recibía el concentrado, o el derecho a producir el concentrado, mediante la utilización de una fórmula, junto con el derecho a producir las gaseosas, identificadas con la marca del franquiciador y distribuir las en un área exclusiva.

Por su parte, el franquiciador realizaba la publicidad, el mercadeo y otros servicios de apoyo, exigiéndole al franquiciado la producción de las gaseosas, obviamente bajo estrictos criterios de calidad previamente definidos.

En 1899, mediante la utilización de este sistema, la empresa Coca-Cola se convirtió en la primera embotelladora del mundo. Para esa época, Coca-Cola operaba directamente sus fuentes de soda donde expendían su producto. Sin embargo,

algunos inversionistas lograron convencer a la firma para que les otorgara el derecho a proveerse, por parte de Coca-Cola, del concentrado necesario para embotellar la bebida en las instalaciones del franquiciado, quien se encargaría de distribuirla a nivel regional. El franquiciado, absorbía así el 100% del costo de instalación se encargaba de su manejo, a cambio de recibir el concentrado necesario para el producto y el apoyo publicitario centralizado.

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

Hacia 1929, el primer ensayo de la General Motors fue seguido por otras compañías del sector automotriz que buscaba evitar la aplicación de las leyes antimonopolio que prohibían la integración vertical de los vendedores con los fabricantes de automóviles. En ese año, la General Motors perfeccionó su política inicial y diseñó un contrato que asociaba con más libertad a revendedores, constituyendo así, el primer modelo de Contrato de Franquicia en los Estados Unidos.

En 1921, la empresa Hertz Rent a Car resolvió ampliar su red de distribución a través de concesiones similares a las franquicias, siendo hoy, entre otras, líder mundial en el servicio de arrendamiento de vehículos, con más de 370 franquicias otorgadas y 1076 puntos de operación de servicios.

Paralelamente en Francia, en ese mismo año, la fábrica de lanas "La Lainiere de Roubaix" trataba de asegurar salidas comerciales para la producción de una nueva planta, y para tal efecto, se asoció con un gran número de detallistas independientes ligados por un contrato que les garantizaba la exclusividad de la marca en un sector geográfico determinado.

Por la importancia de estos hechos ocurridos en Estados Unidos y Francia en forma simultánea, es que muchos expertos en el tema sitúan en 1929 el nacimiento del sistema de franquicias.

1.1.4 El Gran Auge de la Posguerra.

En este período, nuevamente son los Estados Unidos los protagonistas del desarrollo de las franquicias, a mediados del presente siglo. El mayor crecimiento de las franquicias se produjo después de la segunda Guerra Mundial.

Los diferentes factores sociales, económicos, políticos y legales fueron los que hicieron que el período de la posguerra fuera un clima propicio para el desarrollo de la franquicia. Una economía y población en crecimiento, crearon una rápida demanda de bienes y servicios, y una oportunidad para desarrollar nuevas empresas.

Igualmente el regreso de la guerra de miles de hombres ambiciosos con conocimientos básicos, con poca experiencia en la creación y dirección de empresas, pero con intenciones de establecer negocios propios y en ocasiones estimulados por la facilidad de financiamiento que ofreció el Gobierno Norteamericano de la posguerra, contribuyó también a la consolidación de la figura.

El método de franquicias permitió que personas emprendedoras pero inexpertas, pudieran comenzar sus propios negocios con entrenamiento y supervisión de un empresario con un amplio conocimiento del negocio que pretendía franquiciar. Así mismo, los hombres de negocios que tenían conceptos innovadores o experiencia en algún campo específico encontraron que por medio de las franquicias, podían explotar estos conceptos sin el capital requerido para otro tipo de negocio.

En la historia de las franquicias, un ejemplo importante es el caso de McDonalds; Ray Kroc un emprendedor hombre de negocios de los Estados Unidos, se dedicó por los años cincuenta a la venta del "multimixer", un aparato que permitía la preparación de cinco malteadas al mismo tiempo, quien recibió por esos días un extraño pedido: un solo negocio, el de los hermanos McDonalds solicitó simultáneamente el suministro de ocho "multimixers", es decir, se trataba de un establecimiento de comercio que estaba potencialmente en la capacidad de vender 40 malteadas al mismo tiempo. Kroc decidió pues, atender personalmente el pedido y, con curiosidad, se dirigió a la ciudad de San Bernardino, una localidad desértica ubicada en el estado de California a conocer el negocio de los hermanos McDonalds.

Para la sorpresa de Kroc, el restaurante de los McDonalds, no solo tenía altos niveles de ventas, sino que ofrecía un servicio cordial, rápido, eficiente y uniforme que se unía a la calidad sin igual de unas papas fritas crocantes, para ser totalmente exitoso. Kroc tuvo entonces la visión de producir ese éxito en multitud de establecimientos semejantes, que ofrecieran una calidad y servicio estándar a lo largo de la unión americana. Así, les propuso a los hermanos McDonalds un negocio en el cual ellos pondrían sus recetas para el éxito y él, su capacidad empresarial para producirlas en gran escala. Así, creó un centro piloto en el cual logró reproducir, de manera exacta, el sabor, peso y calidad, en condiciones

artificiales, de todas y cada una de las recetas de los hermanos McDonalds. Del mismo modo, redujo a manuales operativos desde los roles de cada uno de los empleados hasta la más mínima actividad con la cual deberían operar los restaurantes, con el objeto de que el cliente recibiera exactamente el mismo producto y con la misma calidad y servicio. Se convirtió, pues, en el creador de lo que se ha denominado hoy el "format bussiness franchising" o franquicia de formato de negocio que corresponde al concepto moderno de franquicia en el que toda la operación de los establecimientos de comercio franquiciados se deben ceñir de manera estricta a los manuales creados por el franquiciador con el fin de reproducir el éxito del mismo. Este sistema le ha permitido a McDonalds estar a la cabeza del negocio de franquicias, operando en mas de 52 países, con mas de 15.000 restaurantes alrededor del mundo y con toda una cultura alrededor del mismo, hasta el punto de que el precio de sus hamburguesas se ha convertido, para algunos, en un sistema idóneo para medir el costo de vida en los distintos países donde opera.

1.2. Concepto.

A nivel doctrinario, no existe un consenso sobre su conceptualización, siendo lo mas aproximado “un contrato por el cual, un comerciante (Franquiciador) otorga a otro (Franquiciado), la licencia, para que venda productos o servicios de su titularidad”.

Para otros, es un sistema de comercialización llevado a cabo por empresas independientes y con una organización piramidal basado en una relación contractual, la que engloba, la transmisión de un know-how, la licencia, uso de marcas, asistencia técnica y contable bajo control de otorgantes y de conformidad

a un método preestablecido por él, en contraprestación de lo cual se paga un canon y otras prestaciones adicionales.

Para Guyenot es¹: La concesión de una marca de productos o servicios, a la que se añade la concesión del conjunto de medios propios para permitir a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y administrar la empresa en las mejores condiciones de rentabilidad para el mismo y para el concesionario.

Una definición práctica es la de Marcelo Cherto, quien señala: La franquicia es un contrato por el cual es poseedor de un nombre o marca, de una idea, de un método o tecnología, secreto o proceso, propietario o fabricante de un cierto producto o equipo, y un know-how a él relacionado, otorga a alguien, jurídica y económicamente independiente, licencia para explotar ese nombre o marca, en conexión con tal idea, proceso, método, tecnología, producto y/o equipamiento. Es establecido por el Franquiciador y el modo por el cual el Franquiciado debe instalar y operar su propio negocio y desempeñar sus actividades que serán desarrolladas siempre bajo el control, la supervisión, orientación y asistencia del Franquiciador a quien el Franquiciado pagará directamente o indirectamente, de una forma u otra, una remuneración.

Para el Tribunal de Apelaciones de París², Franquicia, es un método de colaboración entre dos o varias empresas comerciales, una franquiciadora, otra franquiciada, por el que la primera, propietaria de un nombre o de una razón social conocida, de signos, símbolos, marcas de fábrica, comercial o de servicios, así

¹ Bendaña Guerrero, Guy. Estudios de los contratos. Managua, PAVSA, 2001, Pág., 575.

² Definición del Tribunal de Apelación de Paris, dada en sentencia del 28/04/78, citada por Cardelus, Luis, El contrato de franquicia, Barcelona, PPU, 1988.

como de un know-how particular, pone a disposición de la otra el derecho a utilizar, mediante el pago de una regalía o de una entrada percibida, un conjunto de productos o servicios originales o específicos para explotarlos obligatoria y totalmente según técnicas comerciales experimentadas, puestas a punto y periódicamente recicladas, en su forma exclusiva, a fin de conseguir un mejor impacto en un mercado determinado y de obtener un desarrollo acelerado de la actividad comercial de las empresas afectadas. Dicho contrato puede suponer una asistencia industrial, comercial o financiera, permitiendo la integración de la actividad comercial del franquiciador con aquella del franquiciado iniciado en una técnica original y un know-how fuera de lo común permitiendo el mantenimiento de la imagen de la marca, de servicio o del producto vendido y el desarrollo de la clientela a menor costo y con mayor rentabilidad para las dos partes que conservan jurídicamente la independencia total.

Según la Asociación Italiana de Franquicias, este contrato es una forma de colaboración para la distribución de bienes y servicios de un franquiciador a uno o más franquiciados, jurídica y económicamente independiente entre sí, que estipulan un contrato expreso en virtud del cual el franquiciador concede al franquiciado la autorización de las propias fórmulas comerciales incluyendo el derecho de disfrutar del know-how de su empresa como de los signos distintivos y enseñas propios, unidos ellos a otras prestaciones y formas de asistencia que incluyen el consentimiento para que el franquiciado lleve adelante la gestión de su propia actividad con la misma imagen de la empresa franquiciador. Así mismo el franquiciado se compromete a desarrollar su propia política comercial con la imagen de la empresa franquiciador en el interés recíproco de ambas partes contratantes y de los consumidores finales, sin perjuicio del respeto de las condiciones contractuales libremente pactadas.

Las dos definiciones anteriormente citadas contienen prácticamente todos los elementos de este contrato:

a) Sujetos del contrato.

Hay, en principio, dos celebrantes directos, a saber, el franquiciador y el franquiciado.

b) Un plan negocial.

Como ha sido calificado por algunos autores, o plan piloto que configura de manera abstracta pero con gran detalle a la empresa exitosa, punto de partida de toda esta construcción que se tratará de repetir de manera lo mas parecido posible, idealmente idéntica en otros lugares del país o del mundo.

c) Una marca.

De la cual es dueño el franquiciador y quiere usar el franquiciado cumpliendo una serie de requisitos y condiciones particulares y la licencia de uso correspondiente.

d) Regalías.

El franquiciado será empresario, independiente del franquiciador, que se instalara por su cuenta debiendo pagar, la forma que se acuerde, una regalía a su contraparte.

e) Territorio.

Es un elemento presente en todos los contratos de franquicia y se regula según la voluntad de las partes.

1.3. Naturaleza Jurídica del Contrato de Franquicia.

El Contrato de Franquicia posee un carácter “Sui Generis”, porque contiene elementos de diferentes ramas del saber jurídico (Derecho Civil, Derecho Industrial, Derecho Comercial), Sin embargo existe consenso entre muchos autores mercantilistas en indicar que este contrato es ejemplo claro de cooperación entre empresas, que conlleva básicamente colaboración entre empresas con el fin de lograr un desarrollo eficaz del negocio.

Para otros autores este contrato contiene elementos del contrato de concesión por ser aplicables las normas reguladoras de la misma y agregándoles las relativas a las marcas, designaciones y tecnología.

Los Civilistas, opinan que se trata de un contrato atípico, innominado, conmutativo, no formal, bilateral, oneroso, de ejecución continúa, siéndole aplicable todos los principios y elementos de los contratos, siendo un ejemplo el principio de autonomía de la voluntad, así como los principios de orden público, buena fe tanto en la celebración como en su ejecución.

1.4. Ventajas del Contrato de Franquicia.

Agilidad:

La franquicia permite arrancar un negocio de forma inmediata, ahorra procesos administrativos, dinero, tiempo; por lo que el empresario se puede centrar más en los aspectos comerciales y de desarrollo de su negocio.

Buenas Perspectivas:

La franquicia es una fórmula cuyo éxito va en relación al prestigio de la marca en cuestión. En general, el fracaso de un negocio en sus primeros años de vida se presenta mas en negocios independientes que entre los que han adoptados el sistema de franquicia.

Negocio para ejecutivo medio:

La franquicia resulta la forma idónea para iniciarse en el mundo empresarial, para que emprendedores que proceden de la empresa corporativa y han detentado cargos directivos medios o de cierta responsabilidad, ya que están acostumbrados a seguir pautas y normas establecidas por la dirección de la empresa, lo cual les hace personas especialmente cualificadas para dirigir un negocio y sacarle el máximo partido aceptando unos procedimientos y sistemas aprobados previamente por el franquiciador.

Apoyo Comercial:

El franquiciado cuenta en todo momento con el apoyo del franquiciador, ya que éste es el primer interesado en que el negocio funcione porque a él también le reportara beneficios. El apoyo, tanto, en procedimientos, gestión y formación es el beneficio que el franquiciado obtiene por el pago de canon. El franquiciado no es empleado del franquiciador y no debe por tanto rendirle cuenta sobre la marcha de su negocio lo único que el franquiciador puede exigirle es que se ciña a las pautas de calidad y precio que debe tener su marca.

Marketing y Publicidad:

El franquiciado se beneficia de operaciones de marketing y publicidad llevada a cabo por el franquiciador dependiendo de la importancia de la franquicia, el

franquiciado puede beneficiarse de campañas de publicidad que el no sería capaz de llevar de forma individual por falta de medios y experiencia.

Sector en expansión:

El sector de la franquicia ha experimentado un crecimiento continuado en los últimos años, imponiéndose en España, Francia y Gran Bretaña como un elemento dinamizador de la actividad económica.

1.5. Características del Contrato de Franquicia.

Entre las características principales cabe señalar:

Es un contrato consensual, por que nace del acuerdo de las partes que intervienen en la celebración del contrato.

Es bilateral, pues es celebrado entre el franquiciador y el franquiciado, sea estas personas naturales o jurídicas.

Es oneroso, porque a cambio de la autorización de uso de una franquicia determinada, existe una contraprestación retribución. (Tasa inicial o continua).

No es formal, ya que no requiere de formas solemne alguna para su validez, puede aun tratarse de un contrato celebrado verbalmente; o mas aun, debido a evolución informática actual puede contratarse mediante la vía electrónica. (Comercio Internacional Virtual).

Es atípico, porque no se encuentra especialmente requerido por la ley.

Es un contrato por adhesión, porque el franquiciatario se adhiere a aquellas condiciones o formalidades impuestas por el franquiciador.

Es conmutativo, pues ambas partes conocen las ventajas y desventajas que otorgara la contratación.

Es intuito personae, porque no es susceptible de cesión alguna.

1.6. Clasificación de las Franquicias.

Según la forma de concesionamiento se pueden distinguir tres tipos de franquicias:

1. La primera, es el **SISTEMA DE CONCESIÓN AL DETALLISTA** patrocinado por el fabricante, el cual ejemplifica la industria de automóviles. Así la Ford concede a los distribuidores para que vendan sus automóviles y los distribuidores, que son negociantes independientes, aceptan cumplir con varias condiciones de ventas y servicios.
2. La segunda es el **SISTEMA DE CONCESIONAMIENTO AL MAYORISTA** patrocinado por el fabricante. Este se encuentra en la industria fresquera. Coca Cola, por ejemplo, otorga licencia a embotellador (mayorista) en varios mercados, los cuales adquieren sus concentrados a los que agregan carbonato, embotellan y venden a los detallistas en los mercados locales.
3. La tercera es el **SISTEMA DE CONCESIONAMIENTO AL DETALLISTA** patrocinado por la firma de servicios. En este caso, una firma de servicios organiza todo un sistema para llevar su servicio en forma

eficiente a los consumidores. Ejemplo de este tipo de concesionamiento se encuentran Hertz, Avis, Mc.Donalds y Burger King.

Según las características del franquiciador existen seis tipos de franquicias:

1. **Franquicias de Producción:** es aquella donde el franquiciador, además de ser el titular de la marca, fabrica productos que comercializa en sus establecimientos franquiciados.
2. **Franquicias de Distribución:** el franquiciador actúa como intermediario en las compras, selecciona productos que son fabricados por otras empresas y los distribuye a través de sus puntos de ventas franquiciados en condiciones ventajosas.
3. **Franquicia de Servicios:** es la explotación de un determinado servicio cuya fórmula original es propiedad del franquiciador, quien la transmite a sus franquiciados. Este tipo de franquicia es la que mayor auge tiene en la actualidad.
4. **Franquicia Industrial:** el franquiciador quien debe ser el titular de la propiedad industrial cede a sus franquiciados la tecnología y materias primas necesarias para manufacturar un determinado producto y posteriormente venderlo al mercado.
5. **Franquicia Master:** es el resultado de exportar de una franquicia de su país de origen a otro a través de la presencia de un master franquiciado, a quien el

franquiciador dueño de la marca vende los derechos de sus franquicias para que los desarrolle en el país destino.

6. **Franquicia Corner:** es aquella que se desarrolla en otro establecimiento comercial, con espacio franquiciado donde se venden los productos y/o se prestan los servicios del franquiciador de acuerdo con sus especificaciones.

1.7. Causas de culminación del Contrato de franquicia.

Normalmente termina por el cumplimiento del plazo pactado, por lo cual se extingue la relación contractual existente, lo único que acarrearía es cumplir con las condiciones posteriores al término del contrato; devolución de signos distintivos, etc. En caso de que no se estipule plazo en el contrato, se estipulara una cláusula de resolución unilateral del mismo, en caso de que alguna de las partes desee terminar con el solamente tiene que notificar previamente a la otra parte. Pero existen casos excepcionales para que el contrato de franquicia concluya como son:

1. Por acuerdo o consentimiento de ambas partes sea éste de forma directa: Cuando en cualquier momento ambas partes dan por terminada la relación contractual; Indirecta: Cuando las partes contratantes establecen una cláusula en la que se dispone que si una de las partes desea dar por culminado el contrato, este deberá notificar previamente a la otra parte y pagar la indemnización pactada.
2. Por incumplimiento de una de las partes, en este caso será exigible la ejecución forzada de la prestación o contraprestación, según sea el caso, y por supuesto, la indemnización respectiva.

3. Por causas sobrevinientes, sean estas por muerte o incapacidad de una de las partes (excepto en el caso de franquiciante, pues puede ser representado por sus herederos, salvo que sea intuito personae la responsabilidad asignada), por quiebra.

1.8. Consecuencias de la culminación del Contrato de Franquicia.

Los Stocks: Solo se presenta en los contratos de distribución, por lo general el franquiciado puede vender las mercancías que queden en su poder en un periodo razonable de tiempo. En algunos contratos se agrega una cláusula en la cual el franquiciante recompra al franquiciado los stocks.

La Marca: El franquiciado no puede utilizar la marca del franquiciador luego de la ruptura del contrato.

La Enseña: El franquiciado deberá devolver la enseña al franquiciador o utilizarla para terminar de vender sus stocks, pero al terminar la venta, no podrá utilizarla más.

La Propiedad de la Clientela: No es clara la discusión en este aspecto pues hay autores que afirman que es propiedad del franquiciado y otros del franquiciador, por ser este ultimo el dueño de la marca.

La Ruptura del Contrato y la Indemnización: Si el contrato se termina unilateralmente y sin justa causa, la parte perjudicada puede reclamar indemnización. Cuando se haya cometido falta por parte del franquiciado, la otra parte podrá terminar el contrato y pedir indemnización.

En caso de que el franquiciador quiera dar por terminado el contrato de franquicia, el franquiciado debe reconocer esa necesidad, ya sea por la terminación del plazo y/o terminación unilateral por causa establecida, por lo tanto no habrá indemnización alguna para el franquiciado.

Si el franquiciado no requiere o insiste en dar por terminado el convenio, no se podrá considerar como que el franquiciador renuncio a reclamar dicho cumplimiento en un futuro o para poder dar por terminado el contrato de forma unilateral.

Una vez llegado el termino del contrato, se dan una serie de obligaciones entre las partes, el franquiciado debe abstenerse a continuar usando los nombres comerciales, las marcas, los conocimientos o know-how; así mismo tendrá la obligación de pagar a la fecha de la conclusión del contrato todo valor pendiente de pago, por compra de regalías aunque para tales obligaciones se haya pactado plazos mas amplios.

Inmediatamente que concluya el contrato, el franquiciado podrá ofrecer en los posteriores 30 días de la conclusión la posibilidad de continuar la marcha del negocio, para lo cual el franquiciado deberá señalar un plazo y la cantidad de dinero con la que cuenta. En el caso de que el franquiciador no acepte la oferta del franquiciado, este deberá proceder a la venta de los activos.

CAPITULO II.

ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

2.1. Sujetos del Contrato de Franquicia.

Franquiciador: Quien presta su nombre, marca, sistema de ventas y aún entrenamiento para hacer un determinado negocio, cediendo contractualmente los derechos de uso y proveyendo asistencia gerencial y comercial.

Franquiciado: Quien hace uso de la marca, realiza el negocio y paga unos derechos periódicos así como un pago inicial único por el derecho de hacer negocio bajo el nombre y sistema de franquiciante.

2.2. Derechos y Obligaciones para los sujetos del Contrato de Franquicia.

2.2.1. Franquiciador.

1. Adjudicar el derecho de explotar una unidad comercial u operativa en franquicia.
2. Suministrarle al franquiciado el know-how, las técnicas e instrucciones para operar.
3. Otorgarle al franquiciado exclusividad territorial.

4. Otorgarle al franquiciado licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas, etc.
5. Proporcionarles los manuales que contengan un detalle de los sistemas y procedimientos de operación de la franquicia de que se trate.
6. Proporcionarle especificaciones de relación con respecto a terceros, clientes, publicidad, promoción, diseño y equipamiento del local o locales, pautas contables, curso de capacitación de personal, seguro de los bienes y atención al público.
7. Suministrarles productos o servicios.
8. Actos de fiscalización o control del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de franquicia.
9. Establecer condiciones para la revocación del contrato y sus causales.

2.2.2. Franquiciado.

1. Pagarle al franquiciador una tasa inicial por entrar a la cadena, adquiriendo el derecho de utilización de la franquicia.
2. Pagarle al franquiciador una regalía periódica, calculada en función de la venta bruta del negocio franquiciado.

3. Ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciador.
4. Adquirir la licencia de utilización de nombre, marca, etc.
5. Dar cumplimiento al programa de entrenamiento dictado por el franquiciador.
6. Guardar la debida reserva, secreto, de toda la información suministrada por el franquiciador.
7. Satisfacer los aportes porcentuales oportunamente convenidos para las campañas publicitarias.
8. Dar intervención al franquiciador en la elección del local o locales en donde se va establecer la franquicia.
9. Aportes para la elección y puesta en marcha del local.
10. Ajustar el sistema informático y contable a los requerimientos del franquiciador.
11. Dar cumplimiento a la normativa vigente que regule los distintos aspectos que hacen a la operatividad de la franquicia.
12. No ceder, ni subfranquiciar.

2.3. Ventajas e Inconvenientes en la celebración del Contrato de Franquicia.

2.3.1. Para el Franquiciador.

1. El franquiciado corre con los gastos de inversión.
2. La expansión se produce con personal ajeno.
3. La expansión del negocio a través de la apertura de sucursales exigirá un incremento de la planilla de la empresa, no siempre motivada, con el consiguiente incremento de costes de personal.
4. Creación de una fuerte imagen de la marca.
5. Se producirá un efecto multiplicador que fortalecerá la presencia de la marca del franquiciante en el mercado.
6. Mejor planificación de las funciones de fabricación y aprovisionamiento.
7. El desarrollo de una red de franquicias supone poder realizar grandes economías de escala en fabricación, compras de stock, materiales, bienes de equipo.
8. Rentabilidad de los esfuerzos de marketing y comunicación.

2.3.2. Para el Franquiciado.

1. Garantía de independencia y de integración en una red comercial claramente apreciada e identificada por el público.
2. Adquisición de know-how del franquiciador y conocimiento a priori de la rentabilidad y posibilidades del negocio que se pretende acometer.
3. Frecuentemente el franquiciador aportara ayuda financiera al franquiciado para acometer las inversiones iniciales necesarias.
4. Asistencia al franquiciado en la realización de estudios de mercado, formación de personal, empleos de medios publicitarios y promocionales, decoración del local.
5. Dado que el franquiciante continuara con su labor de investigación y experimentación de nuevas técnicas y productos/servicios, el franquiciador podrá beneficiarse sin riesgo de aquellas pruebas que resulten exitosas.
6. El franquiciado podrá explotar el know-how del franquiciador bajo unas condiciones geográficas preestablecidas ya que dispondrá de una zona de exclusividad territorial para la explotación del know-how del franquiciador.

2.3.3. Inconvenientes para ambas partes.

La integración en una red de franquicias representará tener que soportar unos costes adicionales que no encontraríamos en caso de aperturas de un comercio independiente (derecho de entrada y royalties de funcionamiento y publicidad), sin embargo, deben contemplarse como una inversión dirigida a la reducción de riesgos.

El franquiciado tendrá un margen reducido de creatividad ya que todos los aspectos de la explotación del negocio están predefinidos por el franquiciador y estipulados en los manuales de operación.

Si el negocio consigue superar las previsiones iniciales de rentabilidad establecidas por el franquiciador, es muy posible que el franquiciado empiece a cuestionarse la necesidad de pagar los royalties (regalías) de funcionamiento y termine por no aceptar las visitas periódicas de control del franquiciador.

El bajo rendimiento y capacidad de otros puntos de venta de la red pueden afectar gravemente la imagen y reputación del negocio.

Pueden darse limitaciones para la venta o traspaso del negocio. El franquiciador puede tener derechos de compra y de rescisión del contrato según las condiciones definidas en el mismo.

El franquiciador en fase de lanzamiento pondrá más esfuerzos en la captación de nuevos franquiciados que en la prestación de servicios adecuados de sistema y de

apoyo. La limitación de recursos financieros puede generar importantes deficiencias en la prestación de estos servicios.

CAPITULO III.

ELEMENTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

El contrato de franquicia³, como mecanismo jurídico, hace posible una particular técnica de vinculación empresarial. Para el franquiciador la franquicia cumple una función semejante a la creación de una red de sucursales u otros establecimientos propiedad del sistema empresarial, requiriendo instrumentos jurídicos más sencillos y menos rígidos. Con una limitada inversión puede conseguir un elevado número de puntos de ventas gestionados por empresarios independientes, interesados personalmente por el buen funcionamiento del negocio. Para el franquiciado, esta figura contractual facilita su operatividad como empresario diferenciado, atenuando el riesgo de sus inversiones por comercializar productos reconocidos en un mercado cierto y estar respaldado por una empresa experimentada que proporciona la asistencia necesaria para la buena marcha del negocio.

3.1. Contenido Esencial del Contrato de Franquicia.

1. know-how del franquiciador.
2. Fuente de suministro de los productos.
3. Derechos de propiedad industrial relacionada con el objeto del contrato.
4. Contraprestaciones Económicas.
5. Cuadro de exclusividades.
6. Medios de control sobre la gestión del franquiciado.

³ Sandoval López, Ricardo. Nuevas Operaciones Mercantiles. 3ª ED. Editorial Jurídica Conosur Ltda.. 2000.

3.2. Estructura del Contrato de Franquicia.

1. Manifiestos.
2. Establecimientos de la independencia empresarial de las partes.
3. Ubicación física de la franquicia.
4. Duración y condiciones de renovación.
5. Determinación de la zona de exclusividad territorial.
6. Condiciones de aprovisionamiento.
7. Contenido del saber hacer.
8. Confidencialidad.
9. Cláusulas de no competencia.
10. Obligaciones financieras: Canon y Royalties.
11. Obligaciones del franquiciador.
12. Obligaciones del franquiciado.
13. Limitaciones de responsabilidad.
14. Condiciones de cesión y transferencia.
15. Término y resolución del contrato.

3.3. Elementos del Contrato de Franquicia.

Los elementos que hacen a la esencia del contrato de franquicia, tanto en el ámbito nacional como el internacional, son los siguientes:

1. Licencia de marca:

Hace a la esencia del contrato de franquicia comercial, que el franquiciador sea titular de una marca sobre un producto o servicio, ya que los clientes son atraídos por el renombre y prestigio de la misma, y por supuesto que el franquiciado además de utilizar su marca utilice también sus signos distintivos,

juntamente con una serie de normas con relación a la forma de actuar del franquiciado, en cuanto a la actividad y administración a desarrollar.

2. Transferencia de un know-how:

El franquiciador tiene la obligación de poner en práctica al franquiciado con respecto a la conducción, estructura y organización del negocio y por supuesto este debe seguir las instrucciones al pie de la letra, logrando una uniformidad en el producto y en la presentación del mismo.

3. Royalties (Regalías) o Canon:

Se debe establecer alguna forma de retribución del franquiciado al franquiciador, ya que estamos frente a un contrato oneroso, en contraprestación a los servicios, asistencia, marca, etc. Durante la vigencia del contrato.

4. Territorio:

Se trata de la limitación de un ámbito territorial a favor del franquiciado en donde se desarrollara el contrato, el mismo puede ser elemento esencial para el éxito de la operación comercial.

5. Asistencia del franquiciador al franquiciado:

La misma puede estar condensada en el manual operativo, dependiendo del grado de los términos, del acuerdo; pudiendo crearse un centro de asistencia y servicio mínimo para los franquiciados que componen la cadena, donde se brinda información de mercado, técnica o simplemente de compras.

6. La no competencia y/o las posibilidades de subfranquiciar: Impidiendo por un lado de forma expresa la posibilidad de que el franquiciador realice

negocios competitivos y por otro lado prohibiendo la posibilidad de subcontratar.

7. Confidencialidad:

Consiste en la obligación de secreto, ya que el franquiciado tiene acceso a información confidencial del franquiciador, prolongándose aun por un plazo prudencial posterior a la celebración del contrato.

8. Plazo de duración del contrato:

Por lo general las partes tienden a establecer un plazo lo suficientemente largo para recuperar la inversión inicial hecha por el franquiciador.

3.4. Aspectos Económicos-Financieros del Contrato de Franquicia.

Para poder formar parte de una cadena de franquicias, interesa destacar que el franquiciado debe poseer capital suficiente para iniciar el negocio, pues una parte sustancial del capital la aportara él mismo. La financiación se formaliza en entidades financieras. El franquiciado deberá de recibir por parte del franquiciante información en detalles sobre los fondos que se utilizaran y el destino de los mismos. En esta previsión se especifica por separado el costo de la adquisición del derecho al uso de la franquicia unido a la documentación confidencial y operativa, por otro lado, los cálculos en cuanto a su previsión del capital circulante necesario. Se trata pues de transmitir al potencial franquiciado una proyección de los fondos requeridos para la apertura, lanzamiento y desarrollo de una nueva unidad.

De la vinculación que resulta entre el franquiciador y el franquiciado se generan una serie de beneficios para ambas partes. El franquiciador se beneficia porque obtiene una contraprestación en dinero, representada por una tarifa inicial (initial fee) y un apago continuo de royalties (regalías) denominado Continual Royalty Payment, además de una ganancia conjunta con todos sus miembros de la red o cadena de establecimientos. El franquiciado se favorece económicamente porque a él se le confía el uso del nombre comercial, de la marca, de los símbolos distintivos, del know-how y en general se beneficia con la idea y la organización que son propiedad del franquiciador. Así mismo, el franquiciado, recibe asesoramientos de los aspectos contables, financieros, de publicidad, de relaciones públicas, de marketing o producción, de técnicas de comercialización, de manejo personal, entre otras cosas, con estos elementos tiene las herramientas necesarias para enfrentar eficientemente su actividad.

Del contrato de franquicia resulta el vínculo ideal entre los grandes capitales y las pequeñas y medianas empresas, además de ser estrategia de diversificación y mercadeo extraordinario como sistema de comercialización de un producto o de un servicio, ya que permite, expansión geográfica y la conquista de mercados desconocidos, ocupar zonas, controlar la distribución de los productos en dichas zonas y por sobre todo la valoración de la marca.

3.5. Cláusulas del Contrato de Franquicia.

1. Se debe conocer quien es el titular del signo distintivo a usarse, sea marca, nombre comercial u otro.

2. Establecer el precio a pagar, retribución o tasa.

3. Otorgar licencia.
4. Se debe establecer cláusula de arbitraje a fin de que se solucione posible controversias. Esto es importante porque se trata de salvar situaciones que perjudican la relación bilateral de mutua cooperación.
5. Estipular derechos y obligaciones de ambas partes.
6. Establecer los bienes y servicios materia del contrato, con indicación de su producción o fabricación, comercialización, limitaciones, etc.
7. Determinar el ámbito territorial en que se desenvolverá la actividad.
8. Determinar las características principales del establecimiento: Colores, infraestructura, decoración, etc., a fin de buscar la identidad con la red. Con ello se pretende la uniformidad entre los franquiciados que conforman la red, la misma que no solo se lograra con el uso de la marca o nombre comercial, sino además con el amueblamiento, decoración.
9. Otorgar garantías, a fin de dar cumplimiento adecuado al contrato.
10. El plazo, esta cláusula se presenta taxativamente en el contrato, en algunos no se estipula. Se puede manifestar que la duración de un contrato debe ser el suficiente para que ambas partes se beneficien con él, teniendo presente diversos factores: la construcción de la infraestructura determinada, etc., otras veces, el término o la vigencia del contrato de franquicia, suele

realizarse por acuerdo de las partes contratantes o por una de ellas (por ejemplo no esta satisfecha con el contrato) previa notificación de la otra.

11. Renovación del contrato, a su vencimiento, esta no necesariamente es automática. Sin embargo la renovación presenta diversos problemas, como por ejemplo, si la franquicia fue todo un éxito se aprovechara esta situación, y se pedirá al momento de la renovación del contrato el pago de la regalías más altas a las pagadas con el contrato fenecido.

12. Establecer penalidades si fuere necesario, por ejemplo cuando una de las partes concluye o da por terminado el contrato antes de su vencimiento , sin notificar previamente a la otra parte, puede demandarse y solicitarse la indemnización correspondiente. O cuando el franquiciante promete o conviene el apoyo continuo y sin justificación no lo cumple; cuando el franquiciado no cumple adecuadamente con la operación aplicable o determina en el contrato; o si se vuelve insolvente o quiebra la empresa a causa de unos de los elementos importantes: La Confidencialidad; o cuando no se paga una de las cuotas o regalías.

13. Cláusulas restrictivas; con las que se limita la actividad comercial del franquiciatario ya que a este se le prohíbe celebrar contrato alguno con otras de la competencia , respecto de los productos o servicio similares que se ofrezca, pues acarrearía que el publico consumidor no halle productos de la misma calidad en comparación con otros franquiciados de la red. Por otro lado pueden establecerse otras cláusula restrictiva como: la de no competencia, la cual produce efecto durante la vigencia del contrato celebrado, ello con el propósito de evitar el aprovechamiento del know-how

trasmitido o del auxilio técnico o comercial prestado de la competencia. O la de no establecimiento, que tiene por fin la no apertura de un establecimiento semejante o idéntico conducido bajo el régimen de franquicia en una determinada zona. Esta última produce sus efectos durante un periodo específico, luego de expirar el contrato.

14. Cláusula de resolución; se presenta por incumplimiento por las condiciones establecidas en el contrato: caduca la licencia del signo distintivo, por ejemplo.

15. La no transferencia de la ubicación del local a otro, sin previo aviso del franquiciante, ya que si lo hace sin la autorización podría trasladar el establecimiento hacia una zona en donde no tendrá el mismo éxito.

3.6 Aspectos de Propiedad Industrial contenidos el Contrato de Franquicia.

3.6.1 Concepto.

Propiedad Industrial ⁴ es un conjunto de bienes más o menos heterogéneos cuya característica común consiste en ser el objeto sobre el cual recae el derecho sobre un bien inmaterial relacionado con la actividad industrial o comercial de un empresario.

⁴ Navas Mendoza, Azucena. Curso Básico de Derecho Mercantil. BITECSA, 1999.

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, los bienes que integran la propiedad son las patentes de invención, modelos de utilidad, los diseños industriales, las marcas de fábrica y de comercio, de servicio.

Los bienes que integran la propiedad industrial se caracterizan por atribuir a su titular la facultad de impedir el uso, por parte de terceros, del objeto sobre el que recae el bien en la medida en que la norma de derecho privado no limite ese poder.

3.6.2 Signos distintivos.

La ley de marcas y otros signos distintivos en su artículo 2 indica que son signos distintivos aquellos que constituyan una marca, un nombre comercial, un rotulo, un emblema o una denominación de origen.

Entre los elementos que integran el patrimonio del empresario existe un grupo de bienes que se utilizan como instrumento de comercialización y diferenciación de los productos o servicio para el desarrollo y protección de su empresa y la conservación de la clientela. En este sentido, se dice, que los signos distintivos constituyen instrumentos necesarios en la política empresarial y suponen así mismo, un mecanismo importante para protección de los consumidores.

“El empresario tiene la necesidad de crear una imagen de la empresa que le permita actuar en mercado con posibilidades de éxito y formar una clientela propia y fiel. Precisa individualizar los productos o servicios que presta de los de los sus competidores. Los instrumentos que utilizan deben servir, al mismo tiempo, para que los consumidores puedan diferenciar una empresa con la que entran en relación de la empresa de los otros empresarios que actúan en el mismo sector económico,

evitando de esta forma que puedan ser inducidos a error o engaño. Esta finalidad se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Superior (STS) del 2 de junio de 1998.

De este grupo de bienes destacan los denominados signos distintivos de la empresa, que al igual que las restantes modalidades de propiedad industrial, son bienes de naturaleza inmaterial sobre los que recae un derecho exclusivo, son por tanto bienes que pertenecen a sus titulares, quienes pueden usarlo sin limitación, transmitirlo y oponerse a que sean usados por los terceros sin autorización. Ahora bien debe destacarse que dos o más signos idénticos o semejantes pertenecientes a distintos empresarios pueden convivir pacíficamente en el mercado si distinguen productos o servicios perfectamente diferenciados u operan en sectores comerciales distintos (Regla de la Especialidad). El funcionamiento de esta regla radica en que al operar los signos en sectores comerciales distintos no existe el riesgo de que los consumidores se vean inducidos al error o confusión. Por el contrario, si las marcas se refieren a productos que se ofrezcan en la misma área de comercialización, existe el riesgo de confusión del consumidor.

3.6.3. Marcas.

El artículo 2 de la Ley de marcas y otros signos distintivos indica que marca es cualquier signo visible que sea apto para distinguir productos o servicios.

Las marcas son los signos distintivos de las mercaderías o de los servicios. Individualizan los productos y los servicios indicando a los consumidores su procedencia empresarial, informándoles al menos de forma indirecta, sobre sus características y calidad, desempeñando una valiosa función publicitaria.

3.6.4. Nombres Comerciales.

Es aquel signo denominativo⁵ que identifica a una empresa o a un establecimiento.

Es el signo o denominación que sirve para identificar una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial y que distingue dicha actividad de las actividades idénticas o similares practicadas por otros empresarios, también sirve para identificar a una persona natural o jurídica, en el ejercicio de su actividad económica, se diferencia del nombre civil o social, con el primero porque constituye una designación de la persona física, mientras que el segundo, individualiza a la persona jurídica, comprendiendo a su vez la razón social (sociedad de personas) y la denominación (sociedad de capitales).

3.7. Derechos de Autor.

3.7.1. Manual de Operación.

Son las instrucciones, lineamientos y directrices que están traducidas en una serie de reglas y normas que regulan el funcionamiento de la franquicia, que es emitido por el franquiciador y que pueden ser modificados por el mismo de tiempo en tiempo. Estas normas tienen objeto de estandarización de la red de franquicia, a fin de que esta sea uniforme y se procure el éxito en beneficio general de todos los puntos que la conforman. Son normas comunes de los manuales, por ejemplo: horarios de atención, decoración, mobiliarios, seguridad industrial, manejo de secretos industriales, proceso, de servicio al cliente y retroalimentación, sistema de

⁵ Artículo 2 ley 380.

mercadeo, uso de marcas nombre comerciales sistema de distribución de producto, entre otros.

3.7.2. Obras Artísticas.

Se refiere a la publicidad, decoración, anuncios. Debe ser original, con carácter distintivo y artístico.

3.7.3. Programas de ordenador de software.

Utilizados por ejemplo en funciones de contabilidad, impuestos, control de inventarios, sistemas informáticos en general.

3.8. Dibujos y Modelos Industriales.

El dibujo industrial⁶ es toda disposición o conjunto de líneas y colores, aplicables con un fin comercial a la ornamentación de un producto, empleándose para su utilización cualquier medio manual, mecánico, químico o combinado. En realidad, el dibujo industrial no es sino un modelo industrial bidimensional, cuyo destino es meramente ornamental y decorativo sin influenciar el proceso técnico o industrial de elaboración de productos concernidos.

El modelo industrial, es un objeto que puede servir como tipo para la fabricación de un producto, el cual objeto puede definirse por su estructura, configuración, ornamentación o representación. Es pues un elemento tridimensional cuya peculiaridad estriba en servir de pauta, molde o modelo para la fabricación de

⁶ Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. 6ª Ed. Editorial TECNOS, Madrid España, 1985.

productos, al mismo tiempo es susceptible de definición por su estructura, configuración, ornamentación o representación.

3.9. Patentes.

Es el derecho de propiedad especial que el titular registral de una invención ostenta sobre la innovación registrada el cual derecho de propiedad le habilita para la explotación exclusiva de la innovación en cuestión durante un periodo de tiempo fijado por la ley. Ejemplo: Procedimientos incluidos en el sistema, maquinarias especializada.

3.10. Competencia Desleal.

El franquiciador cede al franquiciado la explotación de determinados derechos de propiedad industrial, estos derechos que son puestos a disposición del franquiciado son los que derivan la comisión por parte de este, el acto de competencia desleal.

De las relaciones contractuales de la franquicia, se pueden producir una serie de actos que serán considerados desleales en la medida que su comisión se realice en el mercado y con fines concurrenciales (promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de terceros). Así se pueden señalar algunos actos de engaño, entendiendo por tales aquellos en los que se produzca una utilización de indicaciones incorrectas o falsas susceptibles de inducir al error al consumidor. Por ejemplo, si tras la finalización de un contrato de franquicia, el franquiciado, haciendo uso del conocimiento del negocio que el franquiciador le puso su disposición, continua con la explotación del negocio de similares características, se podría producir no solo un acto de confusión o imitación, sino

también de engaño en la medida que la utilización de indicaciones falsas provoque en el consumidor la creencia de un origen del producto o servicio distinto al real.

Se le considera a la competencia desleal⁷ como todo acto realizado en el ejercicio de una actividad mercantil o con motivo de ella que sea contrario a los usos y prácticas honestas en materia comercial.

Algunos actos de competencia desleal⁸ vinculados a las a la propiedad industrial son:

1. Actos capaces de crear confusión o un riesgo de asociación con respecto a los productos, servicios, la empresa o establecimiento ajeno.
2. El uso o propagación de indicaciones o alegaciones falsas capaces de denigrar o desacreditar a los productos, los servicios, la empresa o establecimiento ajeno.
3. El uso o propagación de indicaciones o alegaciones o a la omisión de informaciones verdaderas, cuando ello sea susceptible de inducir a error con respecto a la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, la aptitud para su empleo o consumo, la cantidad u otras características de los productos o servicios propios o ajenos.

⁷ Artículo 104 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos.

⁸ Artículo 105 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos.

4. Usar en el comercio una expresión o señal de propaganda que se utilice en relación con los mismos productos o servicios que distingue otra expresión debidamente protegida.

CAPITULO IV.

LA FRANQUICIA EN EL DERECHO COMPARADO.

4.1. La Franquicia en Argentina.

Para entender la introducción de la franquicia en Argentina, es necesario entender que es un país federal donde predominan los regionalismos, pero existe un poder central que prohibió constitucionalmente el dictado de instituciones particulares en los estados provincias que componen la organización política del país. Así solo existe un legislación de fondo: un Código Civil, un Código Penal, un Código de Minería; así las provincias se reservan todo el poder no delegado al Gobierno Central.

Por lo tanto, la legislación de cualquier institución comercial, como lo es la franquicia pertenece al Congreso Federal, y las provincias solo pueden regular todo lo referente a los litigios que se susciten, según que las cosas o que las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones.

El Contrato de Franquicia no ha sido regulado en Argentina. Esto significa, que resulta de aplicación el principio de la autonomía de la libertad, consagrado en el artículo 1197 de Código Civil de este país, que atribuye a las convenciones hechas a los particulares el valor de la misma, en tanto y cuanto tales convenciones no vulneren el orden publico, la moral o las buenas costumbres.

De ello se sigue que todas las cláusulas del contrato de franquicia pueden ser discutidas o, si han sido previamente redactadas, es decir predispuestas, simplemente aceptadas por las partes y validadas judicialmente por los magistrados. Sin embargo el hecho de que el contrato de franquicia no este regulado en Argentina, no quiere decir que no existan leyes que lo afecten, entre ellas tenemos: las leyes sobre tecnología, marcas patentes, arriendos comerciales, giro de divisas, moneda extranjera, formas societarias, propiedad para extranjeros, propiedad intelectual, legislación fiscal y legislación laboral.

En Argentina Existen unas veinte compañías extranjeras que practican la franquicia, entre ellas podemos mencionar: Pizza Hut Coca Cola, Hertz, Avis, Holiday Inn, Addidas, Fuddruckers, Macdonalds, Burger King.

Existen también franquicias puramente locales que han visto en este contrato una oportunidad de desarrollo, entre las que figuran: Grimoldi, Lave Rap, Los Vascos, Helados Massera, Bonafide, Errols, Dra.Bougier. No todas practican este tipo de contrato de manera ortodoxa pues alguno de ellos se encuentra en etapa de experimentación.

Con respecto a los aspectos jurídicos de este contrato, han sido varias las teorías que se esbozaron a cerca de la naturaleza de este contrato:

Contrato de Suministro: Se encuentra legislado en el Código Italiano, pero no en el Código Argentino. Este tipo de contrato es frecuente tanto en la industria pesada como en la liviana y su objeto es asegurar el volumen fluidos de insumos al productor. La doctrina suele distinguirlo de una serie de ventas sucesivas y cabe afirmar que el contrato de franquicia no es un convenio de suministro, sino que

abarca una serie de elementos adicionales que lo distinguen. La marca, el método franquiciado, el interés continuo en el producto final del franquiciado son elementos totalmente ajenos al convenio de suministro, el cual puede o no integrar al contrato de franquicia, pero en el que no es un elemento esencial.

Contrato Preliminar o Normativo: Es aquel en que las partes delimitan y convienen preliminarmente las condiciones de otro contrato futuro, que las partes pueden estipular o no. La franquicia no encuadraría en este tipo de contrato puesto que en ellas existen derechos y obligaciones exigibles con su otorgamiento.

Nada más lejos de una estipulación futura que puede o no cumplirse. Las obligaciones nacen con el otorgamiento del contrato. De modo que no se agota la definición de contrato normativo, a pesar de que en ella se contemplan ciertamente las futuras relaciones de las partes.

Concesión: La Doctrina Francesa sostiene que la franquicia es su esencia, un tipo dentro de los contratos de concesión, Jean Guyenot sostiene que la franquicia es en realidad la manifestación de una mutación en el objeto de los contratos de concesión comercial. Guyenot concibe a la franquicia como un modo de cooperación interempresarial que está muy cerca, casi hasta la identidad, de las técnicas contractuales de agrupación de concesionarios, con la diferencia de que el comprador está obligado generalmente a pagar un derecho de ingreso al sistema y cuotas periódicas, mientras que los contratos de concesión raramente prevén tales obligaciones. La concesión de uso de marca y el pago de las prestaciones periódicas diferencia totalmente a la concesión de la franquicia: en este último contrato hay ingredientes esenciales que no existen en el contrato de concesión. Tampoco en esta última se concede un método de comercialización, sino que solo se fijan pautas.

Distribución: Si bien negocian por cuenta propia, existen notorias diferencias. El convenio de distribución es un contrato en que el distribuidor compra para revender mercaderías fabricados por su comitente. La franquicia de empresa, en cambio, es un método para desarrollar un negocio tan igualmente exitoso como el que desarrolla en franquiciante y que además, constituye 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 se encuentra en campo de las mercaderías. En definitiva la franquicia de empresa es un concepto diferente a la distribución; la franquicia de producto, en cambio, es asimilable a una forma de distribución.

Contrato de Adhesión: Muy a menudo, la franquicia es un contrato concluido con bases en cláusulas predispuestas. Un franquiciador que goza de cierta reputación tiene la ventaja de que puede elegir sus franquiciados e 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, imponiendo una de las partes todas las condiciones del contrato, con excepción de 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 este presentado el franquiciante, excepto en aquellas áreas en que el franquiciante lo admita, por ejemplo: territorio, monto de inversión, recursos humanos a comprometer.

Otra teoría sostiene que no solo son contratos de adhesión aquellos que presentan condiciones monopólicas, tales como servicios públicos esenciales o un único transporte en que el contratante está aun más severamente limitado en su autonomía contractual, ya que no solo no puede discutir los términos, sino tampoco prescindir del servicio, mientras que los convenios con cláusulas predispuestas, como lo es la franquicia, constituyen una obligación no obligatoria en la vida del individuo y por lo tanto, tampoco se le pueden atribuir efectos propios de este tipo de contrato que señala la doctrina.

Contrato Atípico: El contrato de franquicia es un contrato atípico o innominado, según la terminología del Código Civil Argentino puesto que su existencia, contenidos, efectos y formas no han sido disciplinados por la ley.

Un problema que preocupa a la doctrina es el de las normas legales que son aplicables a esta categoría, frente a la ausencia de disposiciones concretas en la ley. Los autores opinan que son aplicables a los contratos atípicos las normas generales de carácter imperativo contenidos en el código civil argentino, la autorregulación de intereses libremente escogida por las partes y finalmente, los usos y jurisprudencias si son contratos con tipicidad social o bien analogía.

El Código Civil Argentino, desde su punto de vista se trata de un contrato de convenio conmutativo, no formal bilateral, oneroso y de ejecución continuada.

En el Derecho Argentino se considera que los principios generales de los contratos, la autonomía de la voluntad y los principios de orden público y buena fe en la celebración y ejecución, constituyen las normas que regulan a este tipo de contrato innominado.

4.1.1 El Contrato de Franquicia Comercial y la Propiedad Industrial en Argentina.

Se entiende que el contrato de franquicia involucra elementos de propiedad industrial, puesto que contiene el otorgamiento de un know-how y una licencia de marca.

La Comunidad Económica Europea definió a la franquicia comercial como un conjunto de derechos de propiedad industrial e intelectual relativos a las marcas, nombres de comercio, emblemas, modelos, diseños, know-how o patentes a ser explotados para la reventa de mercaderías o provisión de servicios a consumidores finales.

A esos efectos definió al contrato de franquicia con el propósito de comercializar determinadas clases de bienes y servicios, incluyendo por lo menos las siguientes obligaciones: a) el uso de un nombre común y una presentación uniforme de las instalaciones o de los medios de transporte; b) la comunicación de un know-how del franquiciador al franquiciado; c) el suministro continuo del franquiciador al franquiciado de asistencia técnica o comercial durante el plazo del contrato.

Las legislaciones de los países latinoamericanos establecen, que tanto la propiedad como la exclusividad del uso de la marca se obtienen con su registro, pero con la obligación legal del uso efectivo de las marcas registradas para evitar la caducidad. Sin embargo, el requisito de registro de marca para adquirir derechos se encuentra atemperado cuando existen razones de equidad, puesto que la jurisprudencia ha admitido el concepto de “marca notoria” que, aun cuando no se haya registrado,

puede ser objeto de protección, aun en aquellos países cuya legislación no contiene tal concepto.

Los regimenes marcarios de los países latinoamericanos adoptan el sistema atributivo de derechos, según el cual estos emanan del registro.

En Argentina, las leyes 111 y 22.362 rigen el registro de patentes, marcas y modelos y diseños industriales. La ley 22.362 fija los requisitos que se deben cumplir para obtener la protección legal de una marca. La propiedad de una marca se obtiene con el registro sin que el mero uso de una marca no registrada otorgue derechos sobre ella. Si una marca esta registrada la duración de registro es de 10 años, con posibilidad de renovarlo. Para la renovación del registro solo se requiere la prueba de uso de la marca.

Frente a la disposición legal que otorga la propiedad de la marca y la exclusividad de su uso, solo mediante el registro, la jurisprudencia ha elaborado desde el interior de la ley de marcas, ciertas normas de excepción frente a situaciones particulares, en las cuales se ha reconocido protección legal a quien acredito el uso de una denominación determinada.

La ley en vigencia desde 1981, exige el uso de la marca para mantener sus derechos. Ya sea para contestar una demanda de cancelación por falta de uso, promovida por un tercero, o para solicitar la renovación de un registro, el titular de la marca debe probar que esta fue realmente usada en cualquier producto o servicio, o como parte del nombre o designación comercial dentro de los cinco años inmediatamente anteriores.

En cuanto al tratamiento legal de las marcas notorias, Argentina esta adherida al Convenio de Paris y, por lo tanto, es aplicable en este país el artículo 6 bis de dicho convenio, que protege las marcas notoriamente conocidas, aunque desde mucho antes los tribunales argentinos aplicaron una jurisprudencia moralizadora, sancionando con nulidad los intentos de terceros de apropiarse de marcas conocidas extranjeras.

Para la legislación Argentina, todo contrato en que exista utilización de elementos de propiedad industrial provenientes de personas no residentes, habrá que inscribirlo en el registro de transferencia de tecnología, dependiente del instituto nacional de tecnología industrial. Puesto que el contrato de franquicia implica el uso de una marca, su registro es obligatorio. Este trámite es automático para los contratos de compañías independientes.

La Ley 22.426 de Transferencia de Tecnología señala la información que debe suministrar al Instituto Nacional de Tecnología Industrial para el registro del contrato, la que se relaciona con el objeto de la tecnología involucrada y sus obligaciones. Las partes también están obligadas, con fines fiscales a estimar el volumen anual de ventas y el monto de regalías que remitirán al exterior.

4.1.2 Leyes Laborales. Calificación del franquiciado como empleado.

En el contrato de franquicia las partes son independientes; aunque la relación entre las partes es de cooperación; no se establece sobre la base de la igualdad, puesto que el franquiciador tiene una posición dominante. Esta posición se hace evidente en el control que ejerce sobre la empresa del franquiciado y en especial, sobre su contabilidad y publicidad. Este control es necesario para la eficacia de la fórmula

otorgada por el franquiciador, la existencia de ese control no afecta la independencia de las partes: El franquiciado típico toma los riesgos de la empresa a su cargo, y por lo tanto, es un comerciante independiente.

Pero puede ocurrir un desequilibrio entre las partes de este contrato cuando se de la subordinación del uno para el otro, logrando la deformación del contrato. Para los tribunales, siempre es posible modificar la descripción que las partes manifiestan y asumen en su momento. Si el control que el franquiciador ejerce es excesivo, corre el riesgo de ser considerado un empleador del franquiciado, cuando este último es una persona física.

Desde la óptica Argentina, el problema se convierte en dos interrogantes a) ¿Es el franquiciado un empleador del franquiciador? Y b) Aun cuando el franquiciado no sea empleado del franquiciador, ¿Existe responsabilidad laboral entre los empleados del franquiciado y el franquiciador.

Jurisprudencia extranjera, sostiene que en la franquicia existe un contrato de trabajo, puesto que hay un servicio organizado y una relación de subordinación entre la persona que trabaja en dicho servicio y la que lo organiza. Las autoridades locales, a fin de determinar las responsabilidades que surgen de tal calificación, escrutan la relación de las partes, se entiende entonces que no existe relación laboral entre el franquiciador y el franquiciado.

En cuanto a la segunda interrogante, es prioritario determinar quien fija los sueldos, quien los aumenta, quien concede las vacaciones o las gratificaciones o quien da las órdenes en general, ya que la decisión sobre estos elementos, son los que determinan la existencia de una relación laboral. La subordinación técnica y

económica solo existe en relación al franquiciado, quien no es representante o agente del franquiciador.

Si el franquiciado no es una persona física, sino que se trata de una compañía, entonces el riesgo que corre el franquiciador cuando interviene en la administración del franquiciado es el de ser considerado en la jurisprudencia francesa el verdadero administrador de la compañía franquiciada, con todas las consecuencias que derivan de ello y el particular, el resultar patrimonialmente responsable en caso de quiebra.

4.2 Experiencia Legal de las Franquicias en México.

En México se cuenta con un marco legal idóneo para el desarrollo de las franquicias. En un principio la ley que regulaba a los contratos de franquicias fue la Ley sobre control y Registro de la transferencia de tecnología y el uso y Explotación de Patentes y Marcas (Ley de transferencia y tecnología) la que posteriormente fue derogada al darse la promulgación de la Ley de Fomento y protección a la Propiedad Industrial (Ley de Propiedad Industrial).

En el caso de una franquicia, si hubiera estado vigente la ley de transferencia y tecnología, el franquiciador debía de asumir que la tecnología suministrada al franquiciado podría ser “asimilada” por este último. Asimilado por que la tecnología suministrada pasaba a formar parte del patrimonio del franquiciado. Así con la derogación de la ley de transferencia y tecnología quedaron atrás los días de asimilación y de transferencia y se ingresó a la época del “licenciamiento” de la tecnología. Las regalías que paga un franquiciado al franquiciador deben de entenderse como renta por el uso de un sistema y no como pagos a plazo al

proveedor para adquirir su tecnología; también se abolió el registro obligatorio de los contratos de tecnología, dicho registro facultaba a la autoridad a que revisara y aprobara los contratos y para el franquiciador esto constituía un verdadero problema.

La ley de tecnología partía de la idea de que los empresarios en México no tenían la capacidad de negociar adecuadamente un contrato con su contraparte extranjera.

La obligación de registrar los contratos de tecnología permitía al estado participar en la negociación de este tipo de contrato. Vale la pena destacar que los objetivos de la ley transferencia eran:

- 1) Fortalecer la posición negociadora de empresas mexicanas al tratar con licenciantes extranjeros.
- 2) Prevenir abusos por parte de los licenciantes extranjeros.
- 3) Incrementar tanto la calidad como la cantidad de la disponibilidad de la tecnología.

Estos objetivos jamás se cumplieron pues siempre se encontró la manera de infringir la ley.

Debido a la derogación de la ley de transferencia y tecnología, los contratos de franquicias no están sujetos a la aprobación de la autoridad y su contenido no está sujeto a las restricciones que marcaba la citada ley. Solamente existe a cargo del franquiciador la obligación de dar a conocer a sus potenciales franquiciados información relativa a la franquicia.

El artículo 142 de la ley de propiedad industrial además de definir al contrato de franquicia, también se refiere a la obligación de los franquiciadores de dar a conocer información a sus franquiciados sobre la franquicia en general.

En la ley de propiedad industrial se protegen se protegen los secretos comerciales, que en la ley se definen como secretos industriales. El artículo 82 y subsecuentes de la ley de propiedad industrial prevé la protección de los secretos industriales e impone pena para aquellos que infrinjan lo dispuesto en la ley. Así aquella información que de a conocer los franquiciadores a sus franquiciados, se considera secreto industrial, pero no toda esta información goza de protección de la ley.

El artículo 142 de la misma ley define al contrato de franquicia de la siguiente manera: existirá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que esta designe.

4.2.1. Registro y Protección de las Marcas en México.

El concepto de marca no es el elemento único de una franquicia, pero si es uno de los más importantes pues no puede concebirse la existencia de una franquicia sino existe una marca debidamente registrada, mas aun no es concebible que un inversionista adquiriera una franquicia cuando el franquiciador no sea el titular de la marca que distinguen al negocio franquiciado.

Como en la mayoría de los países de Latinoamérica, el derecho exclusivo para explotar una marca en México deriva de su registro, siempre y cuando llene todos los requisitos para que se de su debido registro en la oficina competente.

Una vez que se presenta la solicitud ante la Dirección General de Desarrollo Tecnológico, dependiente de la Secretaria de Comercio y Fomento Industrial, deberá estar sujeta a un examen administrativo para posteriormente sujetarse a uno de novedad con el fin de buscar si no existen otras marcas semejantes en grados de confusión y similitud a aquella que se pretende registrar.

En México es posible transmitir los derechos de una marca, con el simple hecho de suscribir un contrato de cesión de derechos y presentarlo para su registro ante la Dirección General de Desarrollo Tecnológico. Así mismo una marca podrá ser utilizada tanto por su titular como por aquellos a quienes este ultimo conceda una licencia para su uso, lo cual tendrá que ser registrado para que tengas efectos ante terceros.

Otro cambio que se dió en la legislación mexicana con la promulgación de la ley de propiedad industrial tiene que ver con la comprobación del uso efectivo de la marca, pues anteriormente era necesario demostrar en forma fehaciente el uso de la marca, actualmente solo es necesario declarar dicho uso bajo protesta de decir la verdad, esto se hace ante la D.G.D.T (Dirección General de Desarrollo Tecnológico), a los tres años de la fecha legal, por fecha legal se entiende el día que se presentó la solicitud al registro.

En la legislación mexicana existe la posibilidad se solicitar la nulidad de una marca mexicana, si se prueba que con anterioridad a su registro en México ya fue

registrada en el extranjero, esto siempre que se solicite en los términos de de ley y obviamente cuando el solicitante de dicho registro sea persona diferente quien haya usado la marca en el extranjero. Esto se hizo con el propósito de defender a los extranjeros contra el registro no autorizado que se pretenda hacer de sus marcas en México.

4.3. Regulación Jurídica de la Franquicia en España.

4.3.1. Normativa

En España comenzó a aplicarse los contratos de franquicia a finales de la década de los 50. A partir de entonces su importancia ha ido creciendo alcanzando un desarrollo considerable, principalmente en sectores como la alimentación, hostelería, restauración, ropa y cosméticos.

En la actualidad, el artículo 62 de la Ley 7/1996 sobre Ordenación del Comercio Minorista, define la actividad comercial de franquicia como aquella que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

La ley introduce también la obligatoriedad para todos los franquiciadores de inscribirse en los Registros que pueden tener al efecto las Comunidades Autónomas, lo que con lleva una mayor información tanto a los posibles franquiciados como a los consumidores.

La ley obliga también al franquiciado a proporcionar al franquiciador un documento escrito, con veinte días de antelación a la firma de cualquier contrato o a

la entrega de cualquier cantidad de dinero que contenga la siguiente información: datos de identificación, descripción del sector de la actividad, contenido y características de la franquicia y explotación, estructura y extensión de la red de franquicias.

Pese a esto se puede afirmar que dado que no existe desarrollo reglamentario de este precepto, ni se prevén las consecuencias jurídicas del incumplimiento del precepto, el contrato de franquicia continua desprovisto de una regulación propia, autónoma y diferente de otros contratos, estableciéndose solamente referencias legislativas de carácter disperso.

Una de estas referencias se encuentran en el Reglamento de la Comunidad Europea 40871/1988 que regula los acuerdos de franquicia de distribución y servicios, estableciendo las condiciones necesarias para que los acuerdos de franquicia gocen de la exención que prevé **el apartado tercero del artículo 85 de la Unión Europea 556/1989 sobre la aplicación del citado artículo 85** a determinadas categorías de acuerdos de licencias de know-how, (conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciados y debidamente verificados); el Real Decreto 157/1992 que incluye referencias a lo que se consideran prácticas restrictivas de la competencia pueden concertarse en el marco de un contrato de franquicia; y la Ley 16/1989 de Defensa de la competencia.

El problema radica en que estas normas no regulan las relaciones de fondo existentes entre las partes de contrato de franquicia, ni tampoco las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato o acuerdo.

Así, el incumplimiento de las obligaciones que nacen de la relación contractual se regulan conforme a las reglas generales para obligaciones y contratos que establece el Código Civil y el Código de Comercio, y de cara al consumidor en el caso de haberse producido un daño o perjuicio se acude a la ley 22/1994 de responsabilidad civil.

El contrato de franquicia en España se caracteriza por estar gobernado, en los términos generales, por el principio de libertad contractual establecido en el artículo 1.255 del Código Civil, el cual señala que las partes contratantes son libres para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente.

Además de las normas generales de la contratación mercantil debe acudir, por analogía a la regulación legal de los contratos de compraventa, comisión, agencia, etc... Por tanto debe tenerse en cuenta, según el tipo de negocio y de franquicia que se vaya a desarrollar en España la siguiente legislación:

- RD. 1750/87, de 18 de Diciembre, que liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas y, en el que por primera vez, se hace mención específica a la franquicia.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para Defensa de Consumidores y Usuarios.
- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.
- Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas.
- Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.
- Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Además sería necesario hacer mención al derecho comunitario en esta materia, ya que el contrato de franquicia en nuestro derecho está acogido a la legislación comunitaria.

Son de aplicación a este contrato:

- Reglamento 4.087/1988 de la Comisión de 30/11/1988, relativo a la aplicación del artículo 85.3 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

Este Reglamento, que es directamente aplicable a cada Estado Miembro y que entró en vigor el 11 de febrero de 1989, define la franquicia como:

"Conjunto de Derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, derechos de autor, know-how o patentes, deberían explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales".

-Reglamento 556/1989, de la Comisión de 30/12/1988 para la aplicación de citado artículo 85. La Comunidad Europea ha desarrollado extensamente esta institución, elaborando un Código Deontológico de la Franquicia Europea.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entendió por primera vez de las cuestiones relacionadas por el contrato de franquicia en el Caso Pronuptial (Decisión de la Comisión de 17 de diciembre 1986, DOCE Serie L N° 8 de 10 de enero de 1987).

CAPITULO V.

La Franquicia en Nicaragua.

Dotado de una posición geográfica privilegiada se ha convertido en el centro de atención de inversionistas extranjeros, los cuales han visto en Nicaragua la posibilidad de expandir su mercado, a través del contrato de franquicia, ejemplo de ello son las siguientes empresas: **MacDonalds, TGI. Fridays, Pizza Hut, Burger King, Holiday Inn, Coca Cola, entre otras.**

Los contratos de franquicia en Nicaragua carecen de regulación jurídica específica aplicable, es por ello que a este tipo de contrato se le conocen como contratos atípicos, que por carecer de regulación se les aplica el principio contractual de la autonomía de la voluntad que establece⁹ que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público¹⁰.

La autonomía de la voluntad supone que los intercambios económicos se realizan por medio de concesiones recíprocas, que son el resultado de la voluntad de los contratantes. En este caso la voluntad es soberana para conducir a la celebración del

⁹ Artículo 2437 Código Civil Nicaragüense.

¹⁰ La CSJ en la S. de la nueve treinta de la mañana del 9 de enero de 1962 (B.J 7) definió al orden público: Conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias donde no cabe transigencia ni tolerancia por afectar principios fundamentales de una sociedad o las garantías precisas de existencia.

contrato y para determinar sus efectos, es decir, las obligaciones que crea, así como sus modalidades, pues no puede haber contrato sin voluntad.

A pesar de no tener una regulación específica, si existen leyes en el marco jurídico nicaragüense que lo afectan directamente:

- 1) Ley 380 de Marcas y otros signos distintivos;
- 2) Dec. 83-2001 Reglamento a la ley de marcas;
- 3) Ley 354 Patentes de invención modelos de utilidad y diseños industriales; 4) Ley 312 de Derechos de autor y Derechos conexos;
- 5) Leyes Laborales;
- 6) Leyes Fiscales,
- 7) Ley de Defensa de los Consumidores.

Una vez establecida la empresa franquiciada en Nicaragua, el franquiciado podrá hacer uso de la propiedad industrial e intelectual contenido en el contrato de franquicia, previa autorización del franquiciador, pero para darle la debida protección a la marca este debe inscribirla en el registro correspondiente, llenando la solicitud de registro de marca que contiene un petitorio que incluye¹¹:

- 1) Nombre y Dirección del solicitante.
- 2) Lugar de constitución y domicilio del solicitante; cuando fuese una persona jurídica.
- 3) Nombre del representante legal, cuando fuese el caso.

¹¹ Artículo 9 Ley 380 Ley de Marcas y otros signos distintivos.

- 4) Nombre y dirección del apoderado en el país, cuando se hubiera designado; la designación será necesaria si el solicitante no tuviera domicilio ni establecimiento en el país.
- 5) La marca cuyo registro se solicita, si fuese denominativa sin grafía, forma ni especiales.
- 6) Una lista de productos y servicios para los cuales se desea registrar la marca agrupados por clases conforme a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios, con indicación del número de cada clase; y,
- 7) La firma del solicitante o apoderado.
- 8) Una reproducción de la marca en cuatro ejemplares cuando ella tuviera una grafía, fon color especiales, o fuese una marca figurativa, mixta o tridimensional con o sin color.
- 9) El poder o el documento que acredite la representación, según fuera el caso.
- 10) Los documentos o autorizaciones requeridos en los casos previstos en los Artículos 7 y 8 presente Ley, cuando fuese pertinente;
- 11) El nombre de un Estado de que sea nacional el solicitante, si es nacional de algún Estado nombre de un Estado en que el solicitante tenga su residencia, si la tuviere, y el nombre del Estado en que el solicitante tenga un establecimiento industrial o comercial real y efecto tuviere.
- 12) El comprobante de pago de la tasa establecida.
- 13) La solicitud y las gestiones se efectúan por medio formulario preestablecido.

Si la solicitud¹² no cumpliera con estos requisitos el registro le notificara al solicitante de ello para que cumpla con los mismos dentro de un plazo de dos meses

¹² Artículo 2 Decreto. 83-2001.

contados desde el día de la notificación, si dentro de ese plazo se cumplieren todos los requisitos previstos la solicitud conservará su inicial fecha de presentación; una vez hecho el examen de forma de la solicitud se mandará a publicar¹³ en el diario oficial “LA GACETA” por una sola vez, dentro de un plazo de quince días a costas de la parte interesada, posteriormente se procede a la revisión de fondo donde se examinará si la marca se encuentra dentro de las comprendidas en los artos 7 y 8 de la ley de marcas, es decir de las marcas inadmisibles por razones intrínsecas, o por derecho de terceros; en caso de que contenga alguna de estas objeciones el registro le notificará al solicitante las razones de objeción, en caso contrario, o sea de aceptación del registro de la marca¹⁴ el registro expedirá un certificado en el que conste la titularidad y vigencia de la marca que se publicara en el diario oficial “LA GACETA” la titularidad le otorga el derecho exclusivo para poder hacer uso de esa marca.

Establecida la franquicia o en proceso de establecimiento, el franquiciado debe cumplir con las leyes reglamentos y ordenanzas y en especial las relativas a permisos para el funcionamiento del negocio. También el franquiciado, le corresponderá la segregación, liquidación y pago de los impuestos correspondientes que se generen en el presente o en el futuro para la actividad del negocio. Estos permisos, liquidaciones y pagos, deberá hacerlo el franquiciado en su propio nombre, pero además de estas obligaciones se le prohíbe al franquiciado constituir sociedades o adoptar nombres comerciales que sean iguales o similares a las marcas o nombres comerciales materia del contrato que suscribieron, aunque constituyan abreviaturas.

¹³ Artículo 18 Ley 380.

¹⁴ Artículo 19 Ley 380.

5.1. El Contrato de Franquicia

Dada la inexistencia de reglamentación específica, el contrato de franquicia adquiere una importancia aún mayor por cuanto que es el único documento que puede regular la relación entre franquiciador y franquiciado de una forma efectiva en nuestro país.

No existe tampoco un modelo de contrato al que pueda adaptarse cualquier concepto de franquicia, cada uno de éstos requerirá un contrato distinto en función de sus características y necesidades específicas.

Es frecuente que la relación contractual entre franquiciador y franquiciado se inicie con un precontrato, a modo de contrato de reserva o de opción, que regirá el tiempo suficiente para que ambas partes estudien las condiciones de contrato final y decidan la incorporación o no de la nueva franquicia a la cadena.

CONCLUSIONES.

1. A partir de los años 90 se ha impulsado el desarrollo de empresas franquiciadas en Nicaragua, tales como: Pizza Hut, MacDonalds, Burger King, Benetton, TGI Fridays.
2. Se ha creado un contrato de franquicia modelo que puede ser adaptado a todas las necesidades de las personas que hacen uso de esta figura.
3. No existen procedimientos legales especiales para el establecimiento de empresas franquiciadas, lo que estas empresas deben hacer es cumplir con las leyes reglamentos y ordenanzas y en especial las relativas a permisos para el funcionamiento del negocio igual que cualquiera empresa nicaragüense que desee establecerse.
4. Los Aspectos de Propiedad industrial contenidos en el contrato de franquicia son: Marcas, Nombres Comerciales, Derechos de Autor, Patentes y Competencial Desleal.
5. No existen leyes especiales que protejan a las empresas que estén bajo el régimen de franquicias.
6. Existen leyes que afectan directamente al contrato de franquicia, tales como: La ley de marcas y otros signos distintivos y su respectivo reglamento, Ley de patentes de invención y modelos de utilidad y su respectivo reglamento, Ley de derechos de autor, Leyes fiscales, leyes laborales y la Ley de defensa de los consumidores.
7. Por ser el contrato de franquicia un contrato atípico se puede recurrir a disposiciones del derecho comparado, los aportes más importantes lo han

hecho Argentina en donde este contrato, al igual que en nuestro país se encuentra regulado por el principio de libertad contractual, por su parte en México se ha avanzado con la promulgación de la ley de fomento y protección a la propiedad industrial y España donde éste si se encuentra regulado de manera general sin dejar por fuera el imperio de la teoría de la voluntad de los contratantes .

RECOMENDACIONES.

Se recomienda regular la aplicación del contrato de franquicia por medio de la creación de una ley especial, la modificación de la ley de propiedad intelectual, la actualización de nuestro Código de Comercio o cualquier vía que sea usada; para que se establezcan derechos y obligaciones, tanto, a los franquiciadores como a franquiciados con el objeto que no varíen las normas durante esté vigente el contrato. Impulsando de esta forma la obligación del franquiciador de brindar la información necesaria a los posibles franquiciados sobre beneficios y deficiencias que pueda contener la franquicia ofertada así como la aplicación de penas pecuniarias y de indemnizaciones económicas en caso de faltar a cualquiera de las cláusulas establecidas en el contrato.

BIBLIOGRAFIA

1. Bendaña Guerrero, Guy. Estudios de los Contratos. PAVSA, Managua-Nicaragua. 2001.
2. Bendaña Guerrero, Guy. Curso de Derecho de Propiedad Industrial. Hispamer, Managua-Nicaragua. 2003.
3. Bendaña Guerrero, Guy. Estudios de las Nuevas Leyes de Propiedad Industrial. PAVSA, Managua-Nicaragua. 2003.
4. Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. 6ª Edición. Editorial Tecno, Madrid España. 1985.
5. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 21ª Edición, Buenos Aires, Argentina. 1989.
6. Casa F y Casabo M. La Franquicia. Ediciones Gestión 2000 S.A. 1989.
7. Comercio Internacional, Santa Fe de Bogota. McGraw-Hill, 1994.
8. Comité Belga de Distribución. Franchising: Una Revolución Comercial. Trad. Conrad Niell, Sureda, Barcelona: Hispano Europea. 1973.
9. Chuliá Vincent, E y Beltrán Alandete. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. Tomo III, José Maria Bosh Editor, Barcelona. 1998.

10. Navas Mendoza, Azucena. Curso Básico de Derecho Mercantil. Bitecsa, 1999.

11. Sánchez Calero, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. 23ª Edición, McGraw-Hill, España, 2003.

12. Sandoval López, Ricardo. Nuevas Operaciones Mercantiles. 3ª Edición. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 2000

ANEXOS

En consecuencia, en consideración a los acuerdos mutuos aquí contenidos, las partes han acordado denominar a este convenio "Contrato de Franquicia", el mismo que se sujetará estrictamente a lo establecido en este contrato y otras fuentes jurídicas legales, como convencionales que se señalen más adelante.

Cláusula Segunda: Definición de términos:

Para los efectos de la interpretación del contenido de este contrato, las partes han acordado emplear las siguientes definiciones a los términos que se detallan a continuación. En consecuencia, al usar estos términos en el interior de cada una de las cláusulas, se entenderá que la intención de las partes es aplicar la definición convencional:

CONTRATO DE FRANQUICIA (O CONTRATO): Convenio en donde una de las partes denominada franquiciador, le otorga a otra, que es independiente a la primera, denominada franquiciado o franquiciado, el permiso limitado para el uso de un formato de negocio, permitiéndole en consecuencia el uso de las marcas y/o nombre comercial, relativos a dicho formato, así como la tecnología la tecnología (know-how), para la efectiva y consistente operación de dicho Formato de Negocio, bajo el riesgo del franquiciado. A cambio de permiso o licencia de franquicia, el franquiciado, usualmente y de conformidad con el convenio, paga un derecho de entrada y regalías periódicas, y cumple con las regulaciones emanadas del contrato.

En consecuencia, el franquiciado es un empresario independiente que asume personalmente el riesgo de la operación del formato de negocio.

FRANQUICIA INDIVIDUAL: El derecho a abrir un local o punto de la Franquicia dentro del territorio acordado por las partes

FORMATO DE NEGOCIO: Consiste en el concepto de negocio que se opera mediante la utilización de marcas, nombres comerciales, diseños, productos etc. conocimientos y experiencias (know-how) y entre ellos secretos industriales, así como manuales de operaciones y otros instructivos, componentes éstos que pueden ser cambiados por parte del franquiciador de tiempo en tiempo y a su sólo arbitrio.

DERECHO DE ENTRADA: Valor que paga el franquiciado al inicio del contrato de Franquicia y que es esencialmente no reembolsable.

REGALÍAS U HONORARIOS: Valor que se genera a favor del franquiciador por el monto de las ventas totales brutas de productos y/o servicios, que debe ser pagado por el franquiciado al franquiciador, en compensación al uso del formato de negocios del cual el franquiciador es titular. Las regalías se causan al momento de producirse la venta, aunque la negociación se realice a crédito. Esto sin perjuicio de regalías fijas o combinadas que se podrían estipular. El Franquiciado asume el costo del IVA en el pago de las regalías.

PROPIEDAD INTELECTUAL: Las marcas, lemas, nombres comerciales, diseños, manuales y todo aquello, de carácter intangible, pero producto de la inteligencia humana, que siendo particularidad del Formato de Negocio son de propiedad o de uso del

Franquiciador y que pueden inclusive modificarse por parte del franquiciador de tiempo en tiempo. Esto significa por ejemplo que las marcas, nombres comerciales, y manuales, pueden cambiarse, suprimirse, reformarse y añadirse nuevos, conforme lo establezca el franquiciador.

PUNTO DE FRANQUICIA.- El negocio instalado conforme al formato de negocios

UNIDAD FRANQUICIADA.- El punto de franquicia

FONDO DE PUBLICIDAD.- La reserva de dinero que se hace para financiar campañas globales de publicidad o relaciones públicas, de conformidad con los términos de este convenio.

LA FRANQUICIA: El permiso no exclusivo para uso del formato del negocio materia de este convenio.

EL TERRITORIO: El establecido en el Anexo 2 de este contrato.

CESIÓN DE DERECHOS DEL CONTRATO: Acto por el cual una de las partes cede a una tercera

Persona, natural o jurídica, todos sus derechos y obligaciones contenidos en el convenio, pasando en consecuencia, el cesionario que adquiere, a sustituir al cedente. El franquiciador tiene plena libertad de ceder sus derechos en este contrato a favor de la persona natural o jurídica que creyere conveniente. El

Franquiciado deberá previamente obtener autorización del franquiciador para ceder sus derechos en este contrato.

AFILIADO O AFILIADOS: significa cualquier persona natural o jurídica que directa o indirectamente controla o es controlada, o está bajo control de alguna otra persona o entidad y que incluya, por ejemplo algún Gerente, Administrador, Director Ejecutivo, Presidente, o más del 5% de las acciones

CONVENIO: Significará este convenio de franquicia

VENTAS BRUTAS: Significa el monto total de las ventas en un período determinado, sin descontar costo alguno, salvo el del Impuesto al Valor Agregado, que deberá ser segregado contablemente.

MANUALES OPERATIVOS: Son las instrucciones, lineamientos y directrices que están traducidas en una serie de reglas y normas que regulan el funcionamiento de la franquicia, que es emitido por el franquiciador y que pueden ser modificados por el franquiciador de tiempo en tiempo. Estas normas tienen por objeto la estandarización de la red de franquicia, a fin de que ésta sea uniforme y se procure el éxito en beneficio general de todos los puntos que la conforman. Son normas comunes de los manuales, por ejemplo, pero no limitado:

- horarios de atención referentes a los locales, decoración, mobiliario
- seguridad industrial
- manejo de secretos industriales
- proceso de servicio al cliente y retroalimentación
- sistema informático y reporte periódicos y de control.
- Sistema de mercadeo
- Procedimiento de selección de personal y manejo de recursos humanos.
- Uso de marcas de nombres comerciales.
- Sistema de publicidad.

CLAUSULA TERCERA: DENOMINACIÓN DE CLAUSULAS.

Los títulos que se les dan a cada uno de los capítulos o cláusulas en este contrato son para efectos de referencia solamente y no deberá dársele a estos títulos ninguna interpretación específica o extensiva

CLAUSULA CUARTA: INTERPRETACION DEL CONTRATO.

La interpretación, operación y efectos legales de este acuerdo, incluyendo su terminación, se someterán básicamente a este convenio, que es ley para las partes. Si alguna parte de este acuerdo pueda ser declarado eventualmente inválido por algún Juez o Tribunal, tal decisión no afectará las otras partes de este convenio

Cláusula Quinta: Modificación del Contrato.-

Este acuerdo no podrá ser alterado o modificado parcial o totalmente, sino solamente por escrito.

CAPITULO SEGUNDO: LICENCIA DE FRANQUICIA.-

Cláusula Sexta: Otorgamiento de Franquicia.-

El Franquiciador autoriza, en los términos de este convenio, a favor del franquiciado, la utilización del Formato de Negocio, a efectos de que el franquiciado pueda reproducir un punto de franquicia dentro del territorio, como ha sido definido. En consecuencia, el franquiciado podrá abrir y operar en los términos de este contrato, un local, dentro del mencionado territorio.

Esto implica que el franquiciado podrá usar, para los fines del negocio de La Franquicia, en los términos y condiciones de este convenio, y guardando la reserva requerida, todo lo referente a la propiedad intelectual del franquiciador, lo cual como está definido hacen un todo que es el desarrollo de un Formato de Negocios, conocido en este convenio como La Franquicia.

Cláusula Séptima: Del territorio.-

El franquiciado sólo podrá abrir un punto de franquicia dentro del territorio, como ha sido definido en este convenio y su anexo.

Cláusula Octava: Vigencia del contrato de franquicia.

Las partes han acordado que este convenio tendrá la duración establecida en el anexo 5. Sin embargo, este convenio podrá ser dado por terminado, antes de su vencimiento, por las causas que se establecen en el mismo

Cláusula Novena: De la Renovación.-

Sin embargo del plazo de vigencia o duración de este contrato, si el franquiciado manifestare su interés en renovarlo, podrá la compañía, a su entera discreción y sin limitación alguna, aceptar o negar la renovación del mismo, entendiéndose que la renovación sería por un nuevo término igual o menor al pactado en este contrato. El franquiciador podrá establecer un valor a pagarse como derecho de renovación, como una de las condiciones para el efecto.

Cláusula Décima: Relaciones entre las partes.-

El franquiciado es un contratista y empresario independiente que, utilizando el beneficio del formato de negocios, invertirá y manejará el negocio a su propia cuenta y riesgo y bajo responsabilidad de cuidar la integridad de la propiedad intelectual del franquiciador, de conformidad con lo establecido en este contrato. En consecuencia el franquiciado no podrá considerarse como socio, agente ni empleado del franquiciador ni de sus afiliadas o relacionadas. En consecuencia de ello, el Franquiciado no está autorizado, y no debe, realizar negocios o actos a nombre del franquiciador, ni incurrir en ninguna obligación en la cual el franquiciador o cualquiera de sus afiliadas pueda encontrarse directa o directamente obligado. El franquiciado no podrá aparecer en ningún documento como un agente, socio o empleado de la compañía ni de sus afiliadas, o como teniendo autoridad para representarla o actuar en capacidad alguna.

Además, como consecuencia adicional de lo establecido, el franquiciador no está, ni estará obligado a hacerse responsable por las obligaciones de carácter laboral, fiscal, o de cualquier otra índole, que el franquiciado, en el desarrollo de su negocio, asuma. Compete exclusivamente al franquiciado el cumplimiento de todas y cada una de las disposiciones de la legislación ecuatoriana, como empresario independiente, que está haciendo uso de una tecnología, como la del formato de negocio materia de este contrato.

Cláusula Décima Primera: Responsabilidad del Franquiciado sobre sus acciones.-

El franquiciado deberá responsabilizarse y mantener indemne al franquiciador, sus directores, funcionarios, empleados, agentes y demás afiliados, de todo reclamo,

responsabilidad, gasto o daños que resulten de alguna manera por el manejo de su negocio o de La Franquicia concedida al franquiciado.

Además el franquiciado será responsable civil y penalmente, ante el franquiciador y el propietario de la propiedad intelectual, respecto del buen y correcto uso de los componentes del formato de negocios, entre ellos, las marcas, nombres, comerciales, y demás propiedad intelectual, así como respecto al mantenimiento de los secretos comerciales e industriales.

Cláusula Décimo Segunda: No garantía de resultados.-

Las partes conocen que el sistema de franquicia es un método novedoso y comprobado para disminuir los riesgos de iniciar un negocio, frente a la desventaja de tener que empezar una actividad con nombres comerciales, marcas, etc. que requieren posicionarse en el mercado. Por ello, en este acto, el franquiciado declara que reconoce el prestigio alcanzado por la marcas, nombres comerciales, y el formato de negocios desarrollado, que él reconoce le da una significativa ventaja competitiva para emprender el negocio, pero que asimismo reconoce que , por el hecho de la celebración de este contrato, no se garantizan sus resultados, que entiende deben ser alcanzados mediante la dedicación personal y el esfuerzo del mismo franquiciado, acompañado de otros elementos, que son de su responsabilidad.

Cláusula Décimo Tercera: Permisos gubernamentales, municipales, etc..-

Por la naturaleza de este contrato, y atento a la calidad de empresario independiente que es el franquiciado, el franquiciado será responsable de cumplir con todas las leyes , reglamentos y ordenanzas, y en especial, las relativas a permisos y patentes gubernamentales y/o municipales para el funcionamiento del negocio. Asimismo corresponderá al franquiciado, la segregación, liquidación y pago del impuesto al valor agregado, así como el pago del impuesto a la renta, retenciones y cualquier otro impuesto que se genere, presente o futuro, para la actividad del negocio. Dichos permisos , liquidaciones y pagos, deberá hacerlos el franquiciado a su propio nombre.

CAPITULO TERCERO: PAGOS AL FRANQUICIADO

Cláusula Décimo Cuarta.- Del derecho de entrada y de las regalías

Como consecuencia de los acuerdos entre el franquiciador y franquiciado, y sin perjuicio de los pagos que deben hacerse por otros conceptos de conformidad con las normas de este convenio, las partes han convenido en que se paguen como derecho de entrada y regalías, en la forma y montos establecidos en el anexo 5 de este convenio.

Cláusula Décimo Quinta.- Forma y lugar de pago:

Salvo que se establezca en forma diferente en este contrato, para casos específicos, los pagos que debe hacer el franquiciado al franquiciador deben hacerse durante los cinco

primeros días de cada período mensual. Los pagos deberán de realizarse en las oficinas del franquiciador o en cualquier otro medio que el franquiciador instruya..

Cláusula Décimo Sexta.- De la Publicidad y Del Fondo de Publicidad.-

El franquiciado acuerda someterse a las normas sobre publicidad y propaganda que se establezcan en los manuales. Sin embargo de esto, todo tipo de material de publicidad que vaya a ser usado por el franquiciado o sus afiliados o relacionados, deberá previamente ser aprobado por el franquiciador. El franquiciado estará impedido de hacer publicidad, por cualquier medio, en conjunto con los que son materia de este convenio, de otras marcas o nombres comerciales, que no sean de las que autorice el franquiciador, aunque comprendan productos autorizados para adquisición por el mismo franquiciador. Esto significa inclusive que no podrá poner letreros, avisos, promociones de tales marcas o nombres comerciales, en los locales de La Franquicia.

Por otro lado, cuando se trate de promociones o publicidad a escala, que el franquiciador realice para beneficiar en general a todos los locales de La Franquicia, o a una sección de ellos, el franquiciado estará obligado a mantener la publicidad de marcas y nombres comerciales que el franquiciador señale. Esto no significará beneficio de ningún orden económico directo al franquiciado.

Del fondo de Publicidad

Igualmente con la liquidación de las regalías, el franquiciado segregará de sus ventas brutas el porcentaje que se establece en el anexo 5, y lo entregará a la compañía.

La manera de liquidar y forma de pagar estos valores será similar a la de las regalías. Al efecto, este pago se lo hará conjuntamente con las regalías mensuales y devengará los mismos intereses en caso de falta de pago oportuno.

El fondo de Publicidad será administrado libremente por la compañía, y será destinado a gastos derivados de campañas generales de publicidad de la red de Franquicias. El franquiciador conducirá todos los programas de publicidad con arbitrio exclusivo sobre los conceptos creativos, materiales y medios de comunicación utilizados en dichos programas y la ubicación y distribución de los mismos. El franquiciado reconoce que el Fondo de Publicidad tiene por objeto maximizar el reconocimiento público general y la aceptación de las marcas para beneficio de la red de franquicias, y en consecuencia, para incrementar las ventas.

Este fondo también podrá servir para adquirir bienes y/o servicios destinados a promociones generales o especiales, como también para relaciones públicas e imagen.

El franquiciado podrá pedir a la compañía un reporte semestral de las inversiones y gastos realizados con este fondo.

Aparte de la administración del fondo, la compañía podrá promover promociones especiales a fin de aumentar el consumo de los productos, que podrán ser, entre otros, la de descuentos o entregas gratis a clientes de productos por un mínimo de consumo de los mismos, descuentos especiales a ciertos grupos, la de entregas gratis por onomásticos o por ticket, etc. El franquiciado declara que se compromete a apoyar estas promociones por ser beneficiosas a sus intereses.

CAPITULO CUARTO: DEL MANEJO DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS MARCAS

Cláusula Décimo Séptima: Confidencialidad.-

En virtud de que el formato de negocios, objeto de este convenio y los demás procedimientos consecuentes, envuelven secretos comerciales e industriales e información confidencial, a la que el franquiciado tendrá acceso y reconoce que se mantendrá de propiedad exclusiva del franquiciador, el franquiciado deberá mantener toda aquella información en forma estrictamente confidencial y no deberá revelarla a nadie, excepto, y bajo la responsabilidad solidaria del franquiciado, a (i) personas empleadas por éste, y cuyas labores requieran que conozca dichas informaciones, y que previamente hayan acordado por escrito, mantener todas aquellas informaciones en forma estrictamente confidencial.

Para este efecto, es responsabilidad del franquiciado obtener de sus empleados y funcionarios, y otras personas que por su gestión tengan acceso, la firma de estos acuerdos de confidencialidad y el compromiso firme de mantener la información estrictamente confidencial. El anexo 6 de este convenio contiene el modelo de cartas-compromiso de confidencialidad, que, bajo responsabilidad del franquiciado, deberán suscribir las personas indicadas previas a su contratación o acceso a la información. De hecho, los actuales empleados, directivos, asesores, etc. o personas a cargo del franquiciado deberán suscribirla una vez que sean contratados, o, si es con anterioridad a la firma de este convenio, a partir de la fecha de suscripción de este convenio. Un ejemplar original de dicha carta debe hacerse llegar al franquiciador hasta un día después de su firma. (i) cuando por medio de ley expresa, a través de orden judicial firme, se requiera revelar la información, sin poder alegar que es un secreto industrial, o profesional. El franquiciado deberá mantener todo documento o archivo en un lugar seguro y restringido a personas no autorizadas. El franquiciador en todo momento tendrá total derecho a regular la manera de entregar y calificar la información confidencial, a los funcionarios y empleados o relacionados al franquiciante. En adición, el franquiciado no podrá usar estas informaciones, en una manera que no esté autorizada en este convenio.

Expresamente se determinan como documentos que constituyen secretos comerciales a los manuales y procedimientos operativos, los listados de proveedores, el contenido de programas de capacitación, de las convenciones o eventos de mejoramiento continuo, los registros contables, y otros que de tiempo en tiempo sean determinados como tales por el franquiciador.

Toda la información considerada confidencial deberá ser devuelta al franquiciador, en forma íntegra, a la terminación del contrato de franquicia.

Además el franquiciado deberá mantener el contenido de este contrato bajo reserva, salvo cuando por ley o disposiciones reglamentarias deba revelarlo. En todo caso estará impedido de hacer reproducciones del mismo para que sea utilizado por terceras personas, sin expresa autorización escrita del franquiciador.

Cláusula Décima Octava: Del Uso de la Propiedad Intelectual.-

El Franquiciado sólo podrá usar la propiedad intelectual objeto de este contrato, en los términos y condiciones establecidos en este instrumento, así como también en los manuales operativos. El uso de la propiedad intelectual sólo podrá realizarse para el desarrollo de las actividades comerciales de la Franquicia, en los términos mencionados. Sin previa autorización del franquiciador, no podrá el franquiciado usar las marcas, logotipos, nombres comerciales en otros lugares que no sean las instalaciones del punto de franquicia. Si de hecho el franquiciado, previo permiso escrito del franquiciador, emitiera volantes, hojas impresas, con indicación de las marcas, logos, etc., deberá especificar en el mismo documento que es bajo licencia del franquiciador. La violación de estas disposiciones se presumirá como mal uso de la propiedad intelectual o de las marcas y constituirá facultad del franquiciador para dar por terminado este contrato.

Asimismo, el franquiciado deberá dar inmediato aviso al franquiciador de cualquier violación o posible violación o atentado que él pueda enterarse, se produzca o pudiera producir en contra de las Marcas, nombres comerciales, o en general en contra de los derechos de propiedad intelectual materia de este convenio. El franquiciador podrá en todo caso, por escrito, solicitar el apoyo del franquiciado para que realice las investigaciones del caso, intente las acciones y/o presente los testimonios que sean necesarios para impedir acciones en contra de la propiedad intelectual.

Como ha quedado establecido, el franquiciado declara conocer que las marcas indicadas en este contrato, están registradas o solicitadas, y que, de hecho, el derecho a la propiedad del nombre comercial, aunque en proceso de registro, se encuentra constituido por Ministerio de la Ley (Art. 230 de la Ley de Propiedad Intelectual).

El franquiciado acepta que puede conducir el negocio utilizando algunas marcas que no hayan sido registradas y cuyo registro puede ser otorgado y que algunas de las marcas pudieran estar sujetas al uso por terceros no autorizados por el propio titular o el mismo franquiciador.

El franquiciado además se compromete a no constituir sociedades, o adoptar nombres comerciales, que sean iguales o similares a las marcas y nombres comerciales materia de este contrato, aunque constituyan abreviaturas.

Se aclara que toda mejora que se incluya, por recomendación del franquiciado, al formato de negocios y que haya sido aceptado y/o aprobado por el franquiciador, se incorporará al mencionado formato en lo que sea aplicable para la franquicia, al arbitrio del franquiciador,

entendiéndose que estos aportes podrán ser utilizados por el propio franquiciador o por otros, franquiciados.

En consecuencia, estas mejoras se entenderán transferidas, a título gratuito, al titular del formato de negocios

El franquiciado se compromete a no solicitar, directa ni indirectamente, registros de marcas, constitución de compañías, o nombres comerciales, que puedan generar la impresión, como que provengan de las correspondientes a la franquicia.....

CAPITULO QUINTO: DEL PUNTO DE FRANQUICIA

Cláusula Décimo Novena.- Del Proceso de Apertura.-

Para efectos de la apertura del punto de franquicia, las partes han acordado someterse al Plan de Desarrollo, contenido en el anexo 4 de este contrato

Cláusula Vigésima: De la Uniformidad de los locales de la Franquicia.-

Tanto respecto al territorio, como respecto a otros locales de la Franquicia, manejados directamente por la compañía, o a través de terceros por cualquier otro medio, el objetivo esencial del formato de negocios, es mantener la uniformidad en sus operaciones y obviamente en sus locales, así como precautelar para el mantenimiento del prestigio de las marcas y nombres comerciales. Por lo tanto, el franquiciado se obliga irrestrictamente a respetar en forma permanente ese formato, de conformidad con las normas contenidas en este contrato y las contenidas en el manual operativo. Asimismo las partes reconocen que el formato debe ser dinámico, cambiante de tiempo en tiempo para mantener su competitividad, por lo que el franquiciador está en libertad de producir innovaciones para buscar continuamente el mejoramiento de la Franquicia, y en consecuencia a variar los manuales operativos, cambios o acciones a los cuales el franquiciado está obligado a implementar de conformidad con las instrucciones que de tiempo en tiempo le notifique el franquiciador.

Sin embargo de lo anterior, el franquiciado reconoce que la uniformidad bajo ciertas circunstancias puede no ser posible o aplicable en términos prácticos. En consecuencia, la compañía se reserva el derecho a su exclusivo arbitrio, a variar una o más de las normas correspondientes al punto de franquicia, en base a las peculiaridades de la ubicación, densidad de población, potencial comercial del área en donde se desarrolla la actividad, o cualquier otra condición que la compañía considere de importancia para la operación del punto de franquicia.

Si de hecho, el franquiciado incumpliere parcial o totalmente, y en cualquier tiempo, con el Plan de Desarrollo, dará derecho al franquiciador, sin más condiciones, a dar por terminado en forma unilateral este contrato, quedando el franquiciador en total libertad de celebrar un contrato similar a este convenio con terceros, o abrir locales de franquicia con sus propios recursos. En ambos casos, el franquiciado no tendrá derecho a percibir indemnización alguna por daños, ni perjuicios, ni de ninguna otra especie.

Sin embargo, si las partes en el anexo denominado Plan de Desarrollo, establecieron sanciones o multas previas a dar al franquiciador el derecho a dar por terminado este contrato, se deberá seguir el procedimiento señalado en dicho anexo.

Los manuales podrán establecer condiciones para la apertura de locales, en lo referente a diseño, implementación, localización, procedimientos, etc.

Cláusula Vigésimo Primera: Registros Contables uniformes.-

El franquiciado estará irrestrictamente obligado a llevar contabilidad y a registrar diariamente las transacciones. Asimismo, el franquiciador se reserva el derecho a exigir que el franquiciado, a costo del mismo franquiciado, instale sistemas especiales de contabilización, inclusive en programas de ordenador, que estén conectados a través de redes informáticas, incluyendo en esto Intranet y/o Internet.

Cláusula Vigésimo Segunda: Acceso a los registros e instalaciones.-

El franquiciador y sus representantes, incluyendo auditores o profesionales independientes autorizados por éste, podrán, en cualquier momento, mientras tenga vigencia este contrato, tener acceso a los registros contables del franquiciado, y al local de la franquicia, u otras instalaciones del franquiciado, y también a los proveedores clientes y empleados, para los siguientes propósitos:

- Examinar el inventario de productos del franquiciado.
- Examinar y auditar los libros y records contables relativos a los reportes otorgados o que estén por otorgarse por el franquiciado al franquiciador, incluyendo, sin limitación, tales libros, records o registros y documentación de soporte relativa a la venta de productos,
- Para determinar el cumplimiento del franquiciado de este convenio y de las instrucciones y manuales.

Cláusula Vigésimo Tercera: De Los Productos

Las partes convienen en que el Franquiciado, para efectos de la uniformidad del esquema de franquicia, deberá adquirir y mantener aquel stock necesario de aquellos productos que establezca el franquiciador, que sean comercializados y/o distribuidos a través del franquiciador, o de fuentes o proveedores aceptables para el franquiciador y autorizados por el mismo, a la sola discreción de este.

En consecuencia, el franquiciado no podrá objetar que el franquiciador, incluyendo los proveedores del punto de franquicia, terceros, afiliados, o relacionados con el franquiciador, ejerzan el derecho consignado en el párrafo anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, el franquiciado mantendrá en forma permanente informado al franquiciador sobre el cumplimiento respecto a las entregas oportunas y de calidad, de los

productos que entregan los proveedores autorizados, y hará al franquiciador las recomendaciones que creyere del caso.

Las partes dejan constancia que el franquiciador sólo será responsable de los productos que sean expendidos o distribuidos directamente por el propio franquiciador, y que expresamente no se hace responsable por los productos/servicios que sean distribuidos/prestados por terceros proveedores, aunque hayan sido autorizados por el propio franquiciador. En consecuencia, todo reclamo, por falta de calidad de productos o servicios, o por problemas de entregas, o cualquiera otra causa, deberán hacerse directamente al proveedor, haciendo conocer de tal particular al franquiciador.

Las partes además reconocen que es posible que por causas de fuerza mayor o caso fortuito, y en general por cualquier otra causa, pudiera ocurrir que los productos que distribuye actualmente o en el futuro el franquiciador, u otras compañías o empresas, no pudieren distribuirse o entregarse al franquiciado para la operación del negocio. Para este efecto, el franquiciador, previa solicitud del franquiciado o a su propia iniciativa, podrá, a su discreción, designar proveedores autorizados para que en forma temporal o definitiva, por el tiempo que designe el franquiciador, pueda el franquiciado adquirir productos de ellos.

Cláusula: Vigésimo Cuarta: Contratación de Servicios Especiales:

Para contratación de ciertos servicios, como el de limpieza, mantenimiento de equipos, y cualquier otro servicio relativo a los locales y al punto de franquicia, el franquiciador deberá dar una aprobación previa, pudiendo señalar para el efecto, los proveedores autorizados de estos servicios, cuando lo creyere conveniente. La compañía en todo caso no garantiza los resultados de los servicios de los proveedores autorizados, compitiéndole el correspondiente seguimiento al franquiciado. En todo caso, el franquiciado hará conocer al franquiciador cualquier inconformidad con respecto a los servicios.

Cláusula Vigésimo Quinta: Mantenimiento de Equipos:

En virtud de que el franquiciado conoce que los equipos que formarán parte del punto de franquicia requieren mantenimiento periódico, este declara que se someterá, a su propio costo, a cumplir dicho mantenimiento, en la periodicidad que establezca la compañía, pudiendo inclusive la compañía determinar proveedores autorizados para el efecto.

Cláusula: Vigésimo Sexta: Seguros.-

El franquiciado se obliga a contratar los seguros y mantener permanentemente asegurado, el punto de franquicia, con la siguiente cobertura:

Incendio, cobertura extendida, terremoto, motín y huelga, daños maliciosos, lluvia, inundaciones, daños por agua; Robo y/o Asalto.

El monto asegurado no podrá ser menor al establecido en el anexo 5..

La compañía indicará ante que compañía de seguros deberá contratar dichas coberturas.

CAPITULO SEXTO: DE LA CAPACITACIÓN Y MEJORAMIENTO CONTINUO

Cláusula Vigésimo Séptima: De la capacitación.-

Para efectos de transferencia de conocimientos que permitan al franquiciado tener una mejor concepción del formato de negocios y de las destrezas requeridas, el franquiciador organizará un programa de capacitación, de conformidad con lo establecido en el anexo 8 de este contrato.

Si por algún caso, uno de los participantes, que forman el grupo del franquiciado, no aprueba, a juicio del franquiciador, dicha capacitación, significando que no ha comparecido lo suficiente a las clases o prácticas, o que no habría adquirido los suficientes conocimientos, el franquiciador podrá, si creyere conveniente, realizar otra capacitación, la misma que será a total costo del franquiciado.

Sin embargo, si a juicio del franquiciador, el franquiciado o las personas designadas por el franquiciado no han obtenido el rendimiento suficiente de la capacitación, el franquiciador podrá dar por terminado el contrato.

Cláusula Vigésimo Octava: Convenciones o Programas de Capacitación.-

Para efectos de la uniformidad de la franquicia y para intercambiar experiencias, el franquiciador podrá organizar de tiempo en tiempo convenciones de franquiciados, o programas adicionales de capacitación, a las cuales el franquiciado en este convenio, se compromete a asistir. Los costos que se generen en estos eventos correrán por cuenta del franquiciado.

CAPITULO SÉPTIMO: OBLIGACIONES ENTRE LAS PARTES.-

Cláusula Vigésimo Novena: Obligaciones del franquiciador:

Es obligación del franquiciador en general permitir que el franquiciado, en los términos y sujeto a las disposiciones de este contrato, utilice el formato de negocio y pueda abrir un punto de franquicia dentro del territorio, de conformidad con el Plan de Desarrollo.

Cláusula Trigésima: Obligaciones del franquiciado.-

Son obligaciones del franquiciado, además de las establecidos en este documento y los manuales operativos:

- a) Cumplir con los manuales operativos;
- b) pagar el derecho de entrada, las regalías, y todos los demás valores emanados de este contrato, oportunamente;

c) usar sus mejores y personales esfuerzos para llevar al éxito su negocio y promover y mercadear la venta de los productos y/o servicios en el territorio, a través de prácticas y estrategias eficientes, de una manera que mantenga la buena reputación de las marcas y nombres comerciales materia de este convenio.

Las obligaciones del franquiciado en este respecto incluirán, pero no estarán limitadas, a lo siguiente:

1. Reclutamiento, entrenamiento y contratación de un número adecuado de personal de ventas y servicios para el buen desenvolvimiento del negocio. El franquiciador podrá en cualquier momento solicitar que, previo a la contratación de personal se solicite su opinión. De haber opinión negativa, el franquiciado deberá continuar el proceso de selección con otros candidatos. Los manuales operativos podrán regular el proceso de selección de personal, a efectos de que se verifique que la contratación se hace en base a un perfil mínimo uniforme, de los requerimientos para trabajar en una unidad franquiciada.
2. Apoyar en el desarrollo de estrategias de mercadeo, promoción de ventas, publicidad, y relaciones públicas que ejerciten el franquiciador o empresas contratadas para el efecto. Asimismo deberá desarrollar, en coordinación con el franquiciador, ideas y acciones propias para la venta específica de productos en su franquicia. Mantener los estándares y reputación de la calidad de los productos y servicios establecidos por la compañía, asumiendo las sugerencias que el franquiciador provea para la estimulación de ventas, y cooperando con los representantes del franquiciador que visiten, a opción del franquiciador, de tiempo en tiempo, el territorio, y el local de la franquicia, a efectos de apoyar y promover los esfuerzos del franquiciado.
3. Calidad del servicio: Como parte de la uniformidad de la franquicia, el franquiciado estará obligado a brindar permanentemente, altos estándares de calidad de servicio a los clientes.
4. Mantener suficiente stock de los productos en bodegas, en tránsito, o por órdenes, de tal manera que pueda suplir con las necesidades del mercado, y asimismo asegurarse que tales stocks son vendidos en estricta rotación de acuerdo a la fecha que son recibidos.
5. Adecuarse y acatar la política de fijación de precios de venta al público que establezca el franquiciador, de acuerdo a las instrucciones que señale para el efecto. Para efectos de la uniformidad de la red de locales y/o franquicias la política general será mantener en los locales precios de venta al público similares entre sí, valores que establecerá el franquiciador. Sin embargo, el franquiciador podrá establecer excepciones para casos particulares, las que deberán constar por escrito.
6. A su propio costo, reemplazar y no expender productos en mal estado o que se consideren caducados (no recomendable para consumo por el tiempo), obsoletos, dañados, con productos que puedan ser vendidos, de conformidad con las políticas aplicables establecidas por el franquiciador y que pueden ser variadas de tiempo en tiempo.
7. Proveer al franquiciador, cada mes, en el formulario que sea satisfactorio para el franquiciador, información referente a las ventas de productos, condiciones general del mercado, etc. El franquiciado deberá además proveer a la compañía en forma

anual, hasta el 15 de Noviembre de cada año, en el formulario que sea satisfactorio para el franquiciador, una proyección de las operaciones y ventas para el ejercicio económico siguiente.

CAPITULO OCTAVO: DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y EFECTOS

Cláusula Trigésima Primera: Causas de terminación del contrato.-

Este acuerdo puede ser dado por terminado, sin procedimiento judicial previo, inclusive antes de su vencimiento, por parte del franquiciador en cualquier momento por aviso escrito a la otra parte, por las siguientes causas

1. solicitud del franquiciado, ante la respectiva autoridad, para someterse a un proceso de concordato o concurso preventivo;

2. insolvencia, quiebra, orden de embargo, o de secuestro de bienes, o llamamiento a plenario en juicio penal del franquiciado, o cualquiera de sus representantes legales o apoderados (si fuera compañía) ,si tales procedimientos no quedan sin efecto en 10 días

3. por incumplimiento del franquiciado a las leyes o reglamentos laborales, o de seguridad social

4. por la cesión total o parcial de los derechos del franquiciado a cualquiera persona, a cualquier título, sin previa autorización de la compañía;

5. si por cualquier causa, el punto de la franquicia, que es materia de este convenio, es intervenido, clausurado o suspendido.

6. Si el local donde funciona el punto de franquicia deja de operar por más de 5 días consecutivos, sin previa autorización de la compañía.

7. Un cambio en el porcentaje accionario de la empresa franquiciada, en caso de ser el franquiciado una persona jurídica, que a juicio del franquiciador sea significativa e impida que continúe la misma administración actual de la compañía franquiciataria, salvo que se obtenga anuencia previa del franquiciador.

8. si por informe de profesionales o auditores independientes, contratados o no por el franquiciador, el franquiciado hubiere incurrido en ocultar o alterar información de carácter operativo, contable o financiero

9. Si el franquiciado se encontrare con la compañía en falta de pago por un mes de las regalías o de las demás contribuciones, como la del fondo de publicidad y otras que se establecen en este contrato. Será igual causal de terminación si el franquiciado se encontrare en mora con la compañía, en el pago de productos que le hayan sido vendidos por ésta.

10. Si el franquiciado se encontrare en mora en el cumplimiento de sus obligaciones económicas con los proveedores autorizados

11. Si después de haber solicitado el franquiciador (o auditores o profesionales independientes contratados por el franquiciador) al franquiciado, información relativa a la operación de la franquicia y al cumplimiento de este contrato,(incluyendo pero no limitado a información contable y financiera) éste no enviare la información solicitada, y producida la insistencia para que presente la información, no lo hiciere en el plazo de dos días.

12. Si de cualquier manera el franquiciado, a juicio del franquiciador, dificultare las inspecciones a que tiene derecho de acuerdo al presente convenio y manuales operativos.

13. por reiterado incumplimiento por parte del franquiciado, a las disposiciones de este contrato, y a sus obligaciones emanadas de este convenio y de los manuales operativos. Se entenderá que existe reiterado incumplimiento cuando los actos se repiten dos veces en un período de hasta dos meses.

14. por cualquier incumplimiento a las normas establecidas en este contrato, sobre el manejo de los secretos comerciales.

15. por muerte o incapacidad permanente del franquiciado, si el franquiciador no ha recibido en los treinta días posteriores a la muerte o de producida dicha incapacidad, notificación sobre este particular, en la cual se designe un administrador común para los efectos del contrato, que permita tener un sólo interlocutor para el franquiciador. En este caso, el franquiciador podrá exigir, si lo considerare conveniente y necesario, que el administrador o un empleado reciban la consecuente capacitación, a costa del franquiciado. En todo caso, si el franquiciador no estuviere satisfecho con la capacidad y rendimiento obtenido por la persona designada para la capacitación podrá dar por terminado inmediatamente el contrato.

16. por el uso indebido de las marcas, nombres comerciales, o en general cualquier propiedad intelectual que forma parte del formato de negocios

Cláusula Trigésima Segunda.- Declaración Relativa a Terminación.-

El franquiciado reconoce que los derechos del franquiciador para dar por terminado este contrato, y los procedimientos descritos para el efecto, son razonables y apropiados, y que en consecuencia, a la terminación por plazo y/o terminación unilateral por causa establecida en este convenio, no se causará a favor del franquiciado, por dicha terminación, ningún pago o indemnización por pérdida de negocios, utilidades, ingresos, o pérdida de inversiones, o cualquier otro tipo de daño que se pudiere alegar. El franquiciado, por su propio interés, renuncia a todo tipo de derecho que pudiere tener en el presente o en el futuro respecto a regulaciones relativas a distribución de productos o franquicias.

Cláusula Trigésima Tercera.- Omisión del Franquiciador sobre incumplimiento.-

La omisión del franquiciador de requerir o insistir para el cumplimiento de alguna o algunas de las disposiciones de este convenio, o de las regulaciones accesorias, tales como los manuales operativos, no podrá considerarse como renuncia del franquiciador a reclamar dicho cumplimiento en el futuro, o para dar por terminado este contrato en forma unilateral.

Cláusula Trigésimo Cuarta: Obligaciones al término del contrato.-

Al concluir este contrato, por cualquier medio aquí previsto, el franquiciado deberá abstenerse de seguir usando el Formato de Negocios, y en consecuencia estará impedido de continuar usando los nombres comerciales, las marcas, etc., y los conocimientos o know-how materia de este contrato. Asimismo el franquiciado estará obligado a pagar a la fecha de conclusión del contrato todo valor pendiente de pago, por concepto de regalías, compra de productos o por cualquier otro concepto relacionado con relaciones derivadas de este convenio, aunque para tales obligaciones se haya pactado plazos más amplios, toda vez que por la simple terminación se considerarán de plazo vencido.

Inmediatamente de que concluya el contrato, el franquiciado deberá ofrecer, en los posteriores 30 días de dicha conclusión al franquiciador, o a la persona que el franquiciador posteriormente designe, la posibilidad de que éste continúe la marcha del negocio, para lo cual el franquiciado señalará un precio, en el cual incluirá los bienes y materiales ofrecidos, incluyendo los productos que estén aptos para ser consumidos. Si el franquiciador resuelve no aceptar la oferta del franquiciado, el franquiciado podrá proceder directamente a la venta de los activos.

CAPITULO NOVENO: DISPOSICIONES GENERALES.-

Cláusula Trigésimo Quinta: Cesión de Derechos:

Los efectos de este contrato se mantendrán en beneficio del franquiciador y sus sucesores, pero se deja constancia expresa que el franquiciado no podrá ceder sus derechos, salvo en la forma permitida en este convenio, y sujeto a las condiciones del mismo.

Cláusula Trigésimo Sexta: No Competencia.-

Durante el tiempo de vigencia de este acuerdo, y por dos años siguientes a su terminación, el franquiciado, sus sucesores en derecho y sus afiliados, no podrán directa o indirectamente:

a) manufacturar, distribuir o vender o

b) ser propietarios, adquirir, gerenciar, operar, asociarse, controlar o participar en la propiedad o administración, o estar en conexión, como Gerente, Asesor, Director, Funcionario, empleado, Consultor, socio, o cualquier calidad, en cualquier negocio que manufacture, distribuya o venda productos similares a los que se expendan ahora o en el futuro en el formato de negocios de la franquicia, y que en consecuencia entren en

competencia con los productos y/o servicios ofrecidos por el franquiciador, y que podrían afectar su mercado o sus proyecciones.

El incumplimiento de las obligaciones de no competencia establecidas, da derecho al franquiciador a dar por terminado el contrato (si estuviere vigente) así como también a reclamar indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, el franquiciado se compromete a establecer lineamientos tendientes a que el personal a su cargo, antes o al momento de su contratación, o a partir de esta fecha, suscriba igualmente compromisos de no-competencia, de conformidad con el formato constante en el anexo 7 de este convenio. Un ejemplar original de este documento deberá entregarse al franquiciador un día después de su firma.

Cláusula Trigésimo Séptima: Licitud de fondos.-

El franquiciado declara que los fondos que ha destinado para la obtención de la franquicia, y los que destinare en el futuro tienen y tendrán destino lícito, y que no provienen de actividades ilícitas ni del consumo o tráfico de estupefacientes.

Cláusula Trigésimo Octava: Sanciones y multas.-

En caso de se produzcan incumplimientos al presente contrato por parte del franquiciado, que no signifiquen derecho a darlo por terminado, las partes han acordado en que regirá la tabla de sanciones y multas contenida en el anexo 9 de este convenio, o las que se señalen en los manuales.

Si producida una causal de terminación de contrato, podrá el franquiciador imponer la máxima multa al franquiciado, como alternativa, a su juicio, para no darlo por terminado, sin perjuicio de que lo de por terminado posteriormente, en caso de reincidencia por parte del franquiciado.

Cláusula Trigésimo Novena: Solución de Conflictos.-

Mediación y Arbitraje.-Las partes acuerdan someter a mediación cualquier disputa que tengan relativas a este acuerdo y sus relaciones derivadas, ante el Centro de Mediación de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Sin embargo, si en el futuro se creare el Centro de Mediación de la Asociación Ecuatoriana de Franquicias, las partes se someterán a este último.

Asimismo, las partes acuerdan someterse a arbitraje, todas aquellas disputas que sean materia derivada de este convenio, y que no puedan resolverse amigablemente ni por mediación. En el procedimiento de arbitraje, cada parte deberá elegir un árbitro. Los dos árbitros designados deberán designar un tercer árbitro, quien será el Presidente del Tribunal. .

El Tribunal de Arbitraje será el de la Cámara de Comercio de Guayaquil, si no se hubiere creado el Tribunal de Arbitraje de la Asociación Ecuatoriana de Franquicias. En este último caso será dicho Tribunal al cual se someten las partes.

Las partes reconocen y acuerdan que el arbitraje es el remedio exclusivo para resolver disputas entre ellos (excepto aquellas acciones que el franquiciador pueda interponer ante los jueces o Tribunales del Ecuador a su arbitrio, para la ejecución de títulos ejecutivos y para cuyo propósito el franquiciado por este medio consiente en la jurisdicción de dichos jueces o Tribunales)

Sin embargo, cuando habiendo terminado este contrato, ya sea por haberse cumplido el período de duración sin haberse renovado, o el franquiciador haya resuelto dar por terminado este contrato por una causal contemplada en este convenio y el franquiciado continuare haciendo uso, sin autorización de cualquiera de los componentes del formato de negocios, de tal manera que signifique violación a los derechos de propiedad intelectual, el franquiciador no estará obligado a un proceso de mediación, pudiendo acudir directamente a un Tribunal de Arbitraje, o a un Juez ordinario, o especial a elección del franquiciador, para reclamar la indemnización de daños y perjuicios correspondiente y que se prohíba la actividad ilícita. Para el efecto, el franquiciador podrá solicitar que se dicten medidas preventivas o precautorias, como la de la suspensión de la actividad ilícita, pudiendo inclusive solicitar la clausura del punto de franquicia que se mantiene ilegalmente, o del local que está haciendo uso de alguno de los componentes del formato de negocios, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual.

Cláusula Tetragésima: Notificaciones.-

Toda notificación que se requiera deberá ser por escrito. Las notificaciones a la compañía deberán hacerse en las siguientes personas, para que se consideren efectivamente entregadas:

Franquiciador:

Las notificaciones al franquiciado se la harán en el punto de franquicia, o en la siguiente dirección:

Las partes harán conocer cualquier cambio de dirección, o de destinatarios.

Para constancia de lo acordado, la partes suscriben este convenio, con los anexos indicados, en Guayaquil, al 25 de Abril del 2.000.-

FRANQUICIANTE

Anexo 1

LAS MARCAS

Anexo 2

EL TERRITORIO

El Territorio designado para la operación del Punto de Franquicia es:

El lugar designado por El franquiciado para la instalación del punto de Franquicia es.....

El territorio designado está en tres cuadras a la redonda de dicha dirección.

En este sentido, El franquiciado se compromete a:

1. Tener disponible El inmueble o local descrito en El plazo de 4 meses a partir de esta fecha. Asimismo en este plazo deberá adquirir todos los equipos necesarios para El punto de la Franquicia.
2. Tener en funcionamiento El local de..... en El plazo de..... meses a partir de esta fecha. Si en El plazo indicado, no se abriere El punto de Franquicia, El franquiciado perderá El derecho al territorio descrito. Sin embargo, podrá solicitar, en El plazo de 1 mes, al franquiciante que se le asigne un nuevo territorio, para lo cual se firmara un anexo. Si El franquiciado, dentro del plazo indicado guardare silencio, o manifestare que no tiene interés en abrir un punto de franquicia perderá El 100% de los valores entregados como derecho de entrada o cualquier otro concepto.

El franquiciado tendrá derecho a instalar sólo un punto de Franquicia , pudiendo reubicar su instalación dentro del territorio antedicho, solamente con el consentimiento previo de la compañía.

CONSTRUCCIÓN DE CENTROS COMERCIALES

Para el caso de que en el Territorio indicado se construyere algún Centro Comercial mientras esté vigente este contrato, dicho Centro Comercial se considerará como territorio distinto del Territorio aquí asignado al franquiciado. En tal supuesto, el franquiciado tendrá el derecho de ejercer una primera opción para la apertura de un punto de franquicia dentro de dicho Centro Comercial, la que podrá ser ejercida y comunicada por escrito a la compañía hasta 6 meses antes de la inauguración o apertura del Centro Comercial. Una vez ejercida esta opción deberá firmarse un contrato de franquicia de acuerdo al modelo y condiciones de la compañía, que estén vigentes.

En caso de que el franquiciado no utilice la primera opción mencionada, la compañía podrá abrir un punto de franquicia, o autorizar a un tercero, para que lo haga, dentro del referido Centro Comercial.

Anexo 3

Los Productos

De conformidad con el convenio, los productos pueden cambiar de tiempo en tiempo decisión del franquiciador.

Anexo 4

Plan de Desarrollo

El franquiciado será responsable de la adquisición o alquiler de un local adecuado para la ubicación del punto de franquicia. Antes de la adquisición o alquiler, presentará a la compañía una descripción del lugar propuesto, junto con una carta de intención u otras pruebas satisfactorias que confirmen las posibilidades de obtener el local propuesto. La Compañía evaluará el lugar para la instalación del punto de franquicia y hará conocer al franquiciado su aceptación u observaciones en el plazo de 10 días.

Inmediatamente de recibida la aceptación por parte de la compañía, el beneficiario suscribirá el convenio correspondiente por el cual ocupará el inmueble.

Anexo 5

Del Plazo, Del Derecho de Entrada y Regalías y Fondo de Publicidad, Seguros

El plazo de duración de este convenio es de..... **años**, que se cuenta a partir de.....

El Derecho de Entrada ha sido fijado en la suma de **US\$**. pagadero de la siguiente manera:

Las regalías son el..... % de las ventas brutas (como están definidas en este contrato).y el fondo de publicidad es..... % de las ventas brutas.

El franquiciado asumirá el IVA sobre los pagos pertinentes a derecho de entrada y regalías.

Las regalías y el aporte al Fondo de Publicidad deberán ser pagados en conjunto y mensualmente, y se liquidarán al finalizar cada mes calendario, esto es, se hará una suma de todas las ventas del mes y se calcularán las mismas.

El pago deberá hacerse El primer día hábil de la semana siguiente, junto con El pago El franquiciado hará llegar al franquiciador la liquidación correspondiente.

La falta de pago oportuno y/o omisiones en la liquidación de regalías y aporte al Fondo de Publicidad, tendrán el incremento de la máxima tasa de interés anual, hasta que se realice el pago efectivo, sin perjuicio de los demás derechos que tiene el franquiciador.

Los sistemas de contabilidad harán una provisión obligatoria que permita reflejar en cualquier momento del mes, los valores debidos de regalías, y cuyo monto se mantenga pendiente en numerario para ser pagado conforme este convenio. Esto implica que el franquiciado deberá mantener una reserva constante para el pago de las regalías y fondo de publicidad.

El Monto asegurado, conforme consta en la cláusula Vigésimo sexta de este contrato, no podrá ser inferior a:

POLIZA DE INCENDIO Y LÍNEAS ALIADAS: US\$.

POLIZA DE ROBO Y/O ASALTO A PRIMER RIESGO: US\$.

Anexo 6

COMPROMISO DE CONFIDENCIALIDAD

Por esta declaración, manifiesto que conozco que por motivo de mis funciones o actividades como empleado y/o contratista y/o socio y/o administrador o en cualquier otra capacidad, ya sea presente o futura, tendré acceso a información referente a la franquicia o formato de negocios denominado "X.X.X.X.X.X.X.", información que es considerada como Secretos Comerciales o Industriales, y que deben mantenerse secretos y confidenciales. Por lo tanto, dejo constancia de mi compromiso y obligación, ante quienes me contratan y ante cualquier tercero que pudiera ser perjudicado, de no revelar tales informaciones a personas no autorizadas expresamente por el titular de la franquicia o por el franquiciado, y de mantenerlo como Secreto laboral y/o profesional..

Responderé civil y penalmente por el incumplimiento de este compromiso, y en especial me haré responsable de los daños y perjuicios que se generen en caso de no cumplir con este compromiso perpetuo.

Expresamente conozco que se determinan como documentos o informaciones que constituyen secretos comerciales a los manuales y procedimientos operativos, los listados de proveedores, el contenido de programas de capacitación, de las convenciones o eventos de mejoramiento continuo, los registros contables, el contrato de franquicia y otros que de tiempo en tiempo sean determinados como tales por el franquiciador.

Anexo 7

COMPROMISO DE NO COMPETENCIA

Quien suscribe esta nota, certifica estar contratado o haber sido contratado para prestar servicios temporales o permanentes y/o profesionales, o de cualquier tipo respecto del establecimiento(s) de la Franquicia denominada X.X.X.X.X.X.X.X...

En mi interés declaro lo siguiente:

Que dicha Franquicia o establecimientos operan bajo un formato que incluye marcas y nombres comerciales, apariencias distintivas y procedimientos específicos, que por ser notorios y por estar familiarizado con ellos, declaro conocerlos...

Que conozco la actividad de los establecimientos comerciales de la Franquicia indicada.

Que en consecuencia de ello, además de guardar reserva sobre dichos procedimientos, es mi compromiso no usar, copiar, reproducir en forma no autorizada dichas marcas, nombres comerciales, signos distintivos.

Que además me comprometo a no manufacturar, distribuir o vender o ser propietario, ser empleado, adquirir, gerenciar, operar, asociarme, controlar o participar en la propiedad o administración, o estar en conexión, como Gerente, Asesor, Director, Funcionario, empleado, Consultor, socio, o cualquier calidad, en cualquier negocio presente o futuro que manufacture, distribuya o venda productos similares a los que se expendan ahora o en el futuro, en el formato de negocios de la franquicia, o que tenga establecimientos similares a la Franquicia, y que en consecuencia entren en competencia con los productos y/o servicios ofrecidos por el franquiciador, y que podrían afectar su mercado o sus proyecciones. Este compromiso rige por todo el tiempo que esté brindando los servicios mencionados, y por dos años más después de que concluya los mismos.

Anexo 8

Plan de Capacitación

La compañía procederá a capacitar al personal del local antes de la apertura, sin ningún costo adicional, en un periodo comprendido de 15 días y de 30 días a las personas que se designen para la Administración.

Posterior a la apertura, y en caso de requerir cualquier capacitación adicional la compañía procederá a facturar El costo correspondiente.

La capacitación se podrá dar inicio a partir de la fecha que se acuerde posterior a la firma del presente contrato.

Anexo 9

Sanciones y Multas

El contrato terminará antes de su vencimiento por las causas señaladas en el mismo. Sin embargo, si se presentare algún incumplimiento por parte del franquiciado a las normas de este convenio, que no signifiquen causal de terminación, la compañía podrá imponer al franquiciado multas de hasta 500 dólares de los Estados Unidos de América, por cada incumplimiento, sin perjuicio a la terminación del contrato por incumplimientos repetidos.

•