

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a staff, surrounded by various symbols including a crown, a cross, and a lion. The shield is set against a background of a landscape with mountains. The circular border of the seal contains the Latin text "ACADEMIA COGNOSCITURUS INTER CETERAS CONSPICUA CAROLINA AC" at the top and "SANTO DOMINGO" at the bottom.

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL COMERCIO NACIONAL, UNA
HERRAMIENTA PARA ESTIMULAR LA COMPETITIVIDAD DE LAS EMPRESAS
GUATEMALTECAS EN EL MARCO DEL TLC-DR-CAUSA**

ZONIA ARACELY BALCÁRCEL SOZA

GUATEMALA, ABRIL DE 2009.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL COMERCIO NACIONAL, UNA
HERRAMIENTA PARA ESTIMULAR LA COMPETITIVIDAD DE LAS EMPRESAS
GUATEMALTECAS EN EL MARCO DEL TLC-DR-CAUSA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

ZONIA ARACELY BALCÁRCEL SOZA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2009.

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente la autora es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

DEDICATORIA

- A Dios: Infinitas gracias, por darme la vida, guiarme y permitir éste momento.
- A mis padres: Por brindarme su amor y apoyo incondicional, darme la fuerza y valor para seguir adelante en el camino para alcanzar mis metas.
- A mi esposo: Con amor
- A mi hija: Por ser la razón que impulsa mi vida.
- A mis hermanos: Por su cariño y apoyo especial.
- A toda mi familia: Con mucho cariño.
- En especial: A la Universidad de San Carlos de Guatemala y su Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La contratación mercantil, principios e instituciones	1
1.1 Antecedentes históricos del derecho mercantil	1
1.1.1 Es poco formalista	3
1.1.2 Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar	4
1.1.3 Adaptabilidad	4
1.1.4 Tiende a ser internacional	5
1.1.5 Posibilita la seguridad del tráfico jurídico	5
1.2 Del contrato mercantil en general	6
1.2.1 Concepto	6
1.2.2 Clasificación	6
1.2.2.1 De colaboración asociativa	6
1.2.2.2 De colaboración simple	7
1.2.2.3 De garantía	7
1.2.2.4 De cobertura de riesgo	7
1.2.2.5 De concesión de crédito	7
1.2.2.6 De custodia	8
1.2.2.7 De cambio	8
1.2.3 Características de las obligaciones mercantiles	8
1.2.3.1 Principios filosóficos	8
1.2.3.2 Solidaridad de los deudores	8
1.2.3.3 Exigibilidad de las obligaciones sin plazo	9
1.2.3.4 Mora mercantil	9
1.2.3.5 Derecho de retención	9
1.2.3.6 Capitalización de intereses	9
1.2.4 Elementos y características	10
1.2.4.1 Elementos esenciales del contrato mercantil	10

1.2.4.2 Características de los contratos mercantiles	11
1.3 Naturaleza jurídica	13
1.4 Contratos típicos	14
1.4.1 La compraventa mercantil.....	14
1.4.2 Contrato de suministro	14
1.4.3 Contrato estimatorio	15
1.4.4 Contrato de depósito mercantil	15
1.4.5 Contrato de apertura de crédito	16
1.4.6 Contrato de descuento	16
1.4.7 Contrato de cuenta corriente	17
1.4.8 Contrato de reporto	17
1.4.9 Contrato de tarjeta de crédito	17
1.4.10 Crédito documentario	18
1.4.11 Contrato de fideicomiso	18
1.4.12 Contrato de agencia	19
1.4.13 Contrato de distribución o representación	19
1.4.14 Contrato de transporte	20
1.4.15 Contrato de participación	20
1.4.16 Contrato de hospedaje	20
1.4.17 Contrato de seguro	21
1.4.18 Contrato de fianza mercantil	21
1.5 Otros contratos atípicos	22
1.5.1 Contrato de leasing (arrendamiento mercantil)	22
1.5.1.1 Leasing operativo	23
1.5.1.2 Leasing financiero	24
1.5.2 Contrato de factoring	24
1.5.3 Contrato de underwriting	25
1.5.4 Contrato de joint ventures	26
1.5.5 Contrato de concesión comercial	26

CAPÍTULO II

	Pág.
2. El contrato atípico de franquicia	29
2.1 Generalidades	29
2.2 Antecedentes históricos	30
2.3 Naturaleza jurídica	31
2.4 Concepto	32
2.5 Clases, contenido y elementos	34
2.5.1 Clases	34
2.5.2 Contenido	39
2.5.3 Elementos	39
2.5.3.1 Licencia de marca	39
2.5.3.2 Transferencia de un know how	40
2.5.3.3 Regalías o canon	40
2.5.3.4 Territorio	40
2.5.3.5 Asistencia del franquiciante al franquiciado	40
2.5.3.6 La no competencia y/o las posibilidades de subfranquiciar	41
2.5.3.7 Confidencialidad	41
2.5.3.8 Plazo de duración del contrato	41
2.6 Derechos y obligaciones de las partes	41
2.6.1 Derechos y obligaciones del franquiciante	41
2.6.2 Derechos y obligaciones del franquiciado	43
2.7 Ventajas y desventajas del contrato de franquicia	44
2.7.1 Ventajas para el franquiciante	44
2.7.2 Ventajas para el franquiciado	45
2.7.3 Desventajas para las partes	46
2.8 Aspectos económicos del contrato de franquicia	48

CAPÍTULO III

	Pág.
3. La disminución de empresas guatemaltecas	51
3.1 Generalidades	51
3.2 Presentación y análisis de resultados estadísticos en cuanto al número de empresas que se constituyen	52
3.2.1 Sociedades nacionales	52
3.2.2 Sociedades extranjeras	53
3.2.3 Empresas mercantiles	54
3.2.4 Comerciantes individuales	55
3.3 Presentación y análisis de resultados estadísticos en cuanto al número de empresas que dejaron de funcionar	56
3.3.1 Sociedades nacionales	56
3.3.2 Empresas mercantiles	57
3.3.3 Sociedades extranjeras	58
3.4 Principales causas del fenómeno	59

CAPÍTULO IV

4. Globalización y TLC-DR-CAUSA.....	61
4.1 Generalidades de la globalización	61
4.2 Guatemala en el contexto de la globalización de la economía	64
4.3 Algunos antecedentes del TLC-DR-CAUSA	66
4.4 Algunos aspectos del TLC-DR-CAUSA que inciden en la economía interna	67
4.4.1 Objetivos específicos de la negociación	69
4.4.1.1 Acceso a mercados	69
4.4.1.2 Servicios	70
4.4.1.3 Inversiones	71
4.4.1.4 Comercio electrónico	71
4.4.1.5 Contratación pública	71
4.4.1.6 Propiedad intelectual	72

	Pág.
4.4.1.7 Laboral	72
4.4.1.8 Ambiental	73
4.4.1.9 Solución de controversias	73
4.4.1.10 Defensa comercial	74

CAPÍTULO V

5. La utilización del contrato de franquicia, ventajas y beneficios para la facilitación del comercio nacional y para la competitividad del empresario guatemalteco	75
5.1 Generalidades	75
5.2 Ventajas de la franquicia a nivel nacional	77
5.2.1 Reputación	77
5.2.2 Capital de trabajo	78
5.2.3 Experiencia	78
5.2.4 Asistencia gerencial	78
5.2.5 Utilidades	78
5.2.6 Motivación	79
5.2.7 Ventajas del franquiciante	79
5.2.8 Ventajas para el franquiciado	80
5.3 La franquicia como estrategia de expansión	81
5.4 Formalidades del contrato de franquicia a nivel nacional	86
5.5 Ventajas económicas para las partes	92
5.5.1 Ventajas del franquiciante	92
5.5.2 Ventajas del franquiciado	93
5.5.3 Desventajas para el franquiciador	93
5.5.4 Desventajas para el franquiciado	94
CONCLUSIONES	95
RECOMENDACIONES	97
ANEXO (modelo de contrato de franquicia a nivel nacional)	99
BIBLIOGRAFÍA	105

INTRODUCCIÓN

No cabe la menor duda que una de las necesidades más grandes para la economía guatemalteca, es el aumento en los niveles de competitividad de las empresas nacionales, de esa forma se puede hacer frente a las empresas extranjeras que cada día aumenta su número en el medio comercial e industrial. Entendida aquélla como el planteamiento de estrategias de mercado que hagan menos onerosa la expansión y produzca utilidades de una forma segura, cada vez con menor inversión; cuestiones que deben ir de la mano con las más modernas técnicas de inversión que son utilizadas a nivel mundial.

Con relación a lo anterior, se plantea una investigación documental y de campo que pretende demostrar que dentro de las estrategias más seguras de expansión de mercados la constituye la utilización del contrato de franquicia, mismo que permite a los empresarios franquiciantes inmiscuirse en nuevos mercados sin necesidad de realizar grandes inversiones, y a los franquiciados, tener la posibilidad de distribuir un producto cuya marca se encuentre ya posicionada a nivel comercial con un negocio asegurado, con poca inversión económica. Dentro del planteamiento formulado se hace énfasis especial en las ventajas y desventajas que conlleva la utilización de este contrato, principalmente para la expansión del comercio a nivel nacional; conclusiones a las que se llega luego de una comprobación de la hipótesis que fuera planteada en el respectivo plan de investigación y mediante la utilización de los métodos analítico y sintético, como respaldo a la técnicas de investigación bibliográfica, documental y de campo.

Es importante mencionar que para el planteamiento de la investigación se utilizó básicamente la teoría del desconocimiento de las franquicias en el común de la gente, en la que claramente exponen sus autores, Stephen Spinelli, Sue Birley y Robert Rosenberg. que las franquicias suelen generar grandes ganancias en poco tiempo, prueba de ello es que cada año cerca de

un millón de posibles emprendedores investigan las diversas franquicias disponibles en todo el mundo; sin embargo, el modelo de negocios de las franquicias sigue siendo poco entendido por el común de la gente. Mediante esa teoría, los autores presentan tanto un amplio panorama del negocio de las franquicias como una serie de consejos prácticos destinados a franquiciantes y futuros franquiciados.

En el primer capítulo se presenta un análisis doctrinario y jurídico de la contratación mercantil en general, su evolución histórica, su naturaleza jurídica, elementos y características, para llegar a un somero análisis de cada uno de los contratos mercantiles que se utilizan en el medio nacional, desde aquellos que tienen una regulación jurídica en la legislación interna, hasta aquellos que siendo atípicos, son de aplicación práctica en el comercio nacional e internacional. El análisis planteado en el capítulo primero sirve de preámbulo para el desarrollo del segundo, ya que en éste se hace énfasis en el análisis jurídico y doctrinario del contrato de franquicia, las clases que de este contrato existen, sus elementos, características y especialmente las ventajas y desventajas que su utilización conlleva; se presentan también en este apartado algunas experiencias extranjeras en cuanto a la utilización de la franquicia para la expansión comercial de los productos. En el tercer capítulo se presentan los resultados de la investigación institucional realizada, especialmente lo relacionado al número de empresas, sociedades y demás entes mercantiles que dejaron de funcionar o iniciaron actividades en los últimos tres años, cuyos resultados servirán de base para analizar en este mismo capítulo, las causas de ese fenómeno, fundamentalmente lo relacionado con el cierre de empresas cuya concreción puede estar encadenada a la falta de competitividad frente a los empresarios extranjeros. En el cuarto capítulo se presenta una síntesis del fenómeno de la globalización económica el cual está abarcando cada día a más países del mundo, haciéndose especial énfasis al Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Estados Unidos de América y Guatemala en forma conjunta con los demás países del área centroamericana y República

Dominicana, mismo que constituye un trampolín para que nuestro país encamine su economía hacia la relacionada globalización. En el quinto capítulo aparece el aporte personal de la ponente, mismo que se encuentra impregnado de sendas conclusiones respecto de la necesidad de utilizar el contrato de franquicia para la expansión comercial del empresario guatemalteco, con bajos costos y con altas probabilidades de éxito. Se plantean en este quinto capítulo las formalidades del contrato de franquicia y especialmente se concluyen las principales ventajas y desventajas en su utilización. Además, se presenta como anexo un contrato ficticio de franquicia, mismo que tiene por objeto que sea conocido en su forma y se pueda establecer lo fácil de su redacción y lo útil de sus resultados.

CAPÍTULO I

1. La contratación mercantil, principios e instituciones

1.1 Antecedentes históricos del derecho mercantil

El origen de la contratación mercantil va de la mano con el del derecho mercantil, mismo que podemos ubicar en el Código de Hammurabi, que entre otras cosas regula la asociación, el crédito y la navegación. La actividad comercial de los fenicios dio nacimiento a las modalidades sociales de los puertos y a un gran avance en el derecho mercantil marítimo. Los romanos crearon figuras de derecho mercantil que se mantienen hasta nuestros días, como la *actio institoria*, por medio de la cual se permitía reclamar al dueño de un negocio mercantil el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la persona que se había encargado de administrarla.

En la Edad Media el derecho mercantil fue regulado por varios fueros y ordenanzas sin tener un carácter especial, pero en el siglo XI, en Italia, algunos juristas comenzaron a estudiarlo de manera autónoma, creándose así un incipiente "*Diritto Comerciale Italiano*". La primera disciplina completa del Derecho mercantil nació en Francia, y fue la "Ordenanza del Comercio" de 1673, dictada bajo el régimen de Luis XIV. Uno de los documentos históricos más importantes es el Código de Comercio Napoleónico, de 1802, que se extendió a todas las naciones conquistadas, llegando incluso su influencia a América Latina.

El derecho mercantil también posee antecedentes en la Grecia clásica por la proximidad de sus ciudades más importantes al Mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más útil para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad importante para su economía. Fue ahí donde se crearon figuras que existen actualmente en el derecho mercantil, solo que con

diferente investidura. Por ejemplo, *“el préstamo a la gruesa ventura”*, que era como un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor a que el navío partiera y regresara exitosamente de su destino. En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como un antecedente del contrato de seguro.

La *“echazón”* llamado actualmente en el derecho mercantil marítimo como avería gruesa se identifica como un aporte griego, en la que el capitán del buque, echaba las mercaderías al mar, sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura. También fueron importantes las famosas *“Leyes Rodías”* (que se originaron en la Isla de Rodas), las cuales eran un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo.

En la Edad Media, aparte del feudalismo que es una manifestación propia de esta época, se formaron villas o pueblos en donde se dio la burguesía comerciante. Radicando la importancia de esta burguesía en la riqueza monetaria que producía el tráfico comercial. Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas *“corporaciones”*, que se regían por sus *“estatutos”* practicando de ahí que a ese derecho también se le llama *“derecho corporativo”* o *“derecho estatuario.”* Estos estatutos contenían reglas de derecho que regulaban el comercio, los derechos y obligaciones del comerciante, así como organizaron una jurisdicción propia para la solución de sus controversias. La jurisdicción estaba a cargo de un funcionario llamado *“Cónsul”* y es el origen de los tribunales propiamente mercantiles que se dan en algunos países.

Como aportes importantes de esta época se tiene, la letra de cambio, la consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, fomento del contrato de seguro, inicio del registro mercantil, y otras. Siendo uno de los acontecimientos más

importantes de esta época que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil.

En el derecho moderno nace la etapa objetiva del derecho mercantil. El descubrimiento de América como un hecho que marca el curso de la historia humana e influye en el Derecho Mercantil, constituye una consecuencia al expansionismo mercantilista europeo.

En 1807 con la legislación de Napoleón sucedieron dos hechos importantes; en primer lugar se promulgó un código propio para el comercio, y en segundo, el derecho mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciales, siendo irrelevante que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante. Nace así la etapa objetiva del derecho mercantil. La Revolución Industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a diferentes códigos en el mundo moderno. Por otro lado las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntando al funcionamiento del sistema capitalista.

El derecho mercantil, se basa en los principios de: a) La buena fe; b) La verdad sabida; c) Toda prestación se presume onerosa; d) Intención de lucro; y, e) Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación; y además tiene las siguientes características:

1.1.1 Es poco formalista

“Para que la circulación sea fluida, salvo en los casos en que su ausencia podría sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan con simples formalidades. Los negocios mercantiles se concretan con simples

formalidades sólo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera. Por Ejemplo, la representación en lo civil exige un contrato de mandato; en cambio, la representación en materia de títulos de crédito se da por un sencillo endoso de procuración. Así también, vemos cómo el simple acto de abordar un autobús, pagar el valor del pasaje y recibir el ticket, configura un contrato de transporte entre el usuario y el propietario del medio de transporte representado a la vez por el piloto, quien ejerce una representación aparente, sin mandato expreso. Estos dos casos sirven para demostrar como el derecho mercantil tiende a ser poco formalista para adaptarse a las peculiaridades del tráfico comercial.”¹

1.1.2 Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

“El comerciante debe de negociar en cantidad y en el menor tiempo posible. Debe de imaginar fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar. Ej. Un juez no puede negarse a resolver un conflicto porque un negocio no está regulado, (contrato atípico)”²

1.1.3 Adaptabilidad

El Profesor Edmundo Vásquez Martínez, citado por Villegas Lara, lo explica así: “El comercio es una función humana que cambia día a día. Por diversos motivos políticos, científicos, culturales, las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente. De ello resulta que la legislación siempre va en zaga de la práctica. Debe de irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.”³

¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, Tomo I. Pág. 42.

² **Ibid.** Págs. 42-43.

³ **Ibid.** Pág. 43.

1.1.4 Tiende a ser internacional

“La producción de bienes y servicios no es exclusivamente para el comercio local de una sociedad organizada políticamente. Se produce para el mercado interno; para el mercado internacional. Ello obliga a que las instituciones jurídicas tiendan a ser uniformes porque así se permite la facilidad del intercambio a nivel internacional. El mundo moderno ha visto logros importantes en este aspecto y un ejemplo de ello es la uniformidad que se ha dado en materia de títulos de crédito. Todos los países en menor o mayor escala, tienden a abarrotar el mercado extranjero con sus mercancías; y de ahí que organismos internacionales, como Naciones Unidas, fomenten el estudio y sistematización del Derecho Mercantil Internacional.”⁴ (sic)

1.1.5 Posibilita la seguridad del tráfico jurídico

“El valor seguridad jurídica lo explica la filosofía del derecho como la observancia de mecanismos consagrados para el surgimiento de la normatividad, dentro de los cuales se encuentra la forma de contratar. ¿Cómo se garantiza entonces la seguridad si la formalidad es incipiente en el tráfico mercantil? En la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.”⁵ El mismo autor dice que: “el Derecho Mercantil tiende a garantizar la primera, lo cual se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica.”⁶ (sic)

⁴ **Ibid.**

⁵ **Ibid.** Págs. 43-44.

⁶ **Ibid.** Pág. 44.

1.2 Del contrato mercantil en general

1.2.1 Concepto

El contrato es un acuerdo de voluntades de dos o más partes, por el que se crean, modifican o eliminan obligaciones. Para que puedan ser calificados de mercantil, además debe reunir las siguientes características:

Al menos una de las partes debe ser empresario.

La finalidad del contrato es el comercio o la industria.

Teniendo en cuenta esto, se puede definir el contrato mercantil como el medio jurídico mediante el cual las empresas o los comerciantes realizan sus actividades económicas, ya sea con otras empresas o comerciante, o bien sea directamente con los consumidores.

1.2.2 Clasificación

Los contratos mercantiles se clasifican de la siguiente manera:

1.2.2.1 De colaboración asociativa

En estos contratos existe un acuerdo de organización entre varias partes, de los que nace una relación duradera y que va dirigido a regular las relaciones de los socios entre ellos, y las de cada uno con la sociedad. Es ejemplo de este tipo, los contratos de sociedad.

1.2.2.2 De colaboración simple

Son todos aquellos mediante los cuales, una de las partes, coopera con su actividad para conseguir el fin de otra. Son la mayor parte de los arrendamientos de servicios como por ejemplo, los contratos de comisión, de leasing o catering, publicidad, gestorías, etc.

1.2.2.3 De garantía

En este tipo de contratos mercantiles, se da como finalidad principal, asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, mediante la constitución de una garantía que se puede prestar de forma directa o por medio de un tercero que se involucra de manera indirecta en el negocio. Por ejemplo el contrato de fianza.

1.2.2.4 De cobertura de riesgo

En estos contratos, una de las partes se compromete a cubrir las consecuencias que un determinado riesgo puede llegar a producir en la otra parte contratante. Este es el caso de los contratos de seguros y aquí el documento que refleja el contrato se denomina póliza de seguros y para que el contrato tenga efecto el asegurado debe pagar una cantidad de dinero denominada prima.

1.2.2.5 De concesión de crédito

Estos son los que realizan las entidades financieras cuando entre ellas se conceden algún tipo de crédito o cartera, para ser recuperados a cambio de una comisión o del cobro de los intereses y recargos moratorios.

1.2.2.6 De custodia

Una de las partes se obliga a guardar o custodiar algo por cuenta de otro. Este es el caso del contrato de depósito turístico o el servicio de caja fuerte en un hotel.

1.2.2.7 De cambio

Tienen como finalidad la circulación de la riqueza, utilizando cualquiera de los medios previstos en derecho, son de destacar en este tipo el contrato de transporte

1.2.3 Características de las obligaciones mercantiles

1.2.3.1 Principios filosóficos

Verdad sabida y buena fe guardada. Las partes obligadas conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar para no darle una interpretación distinta a los contratos.

1.2.3.2 Solidaridad de los deudores

La mancomunidad en las obligaciones mercantiles es que en cuanto a los deudores o sus fiadores, es solidaria por disposición legal, en contraposición de la civil que debe ser expresa, no se presume.

1.2.3.3 Exigibilidad de las obligaciones sin plazo

Cuando se omite el plazo de las obligaciones, estas son exigibles inmediatamente, a excepción de que el plazo sea consecuencia del mismo contrato, en cuyo caso no opera la exigibilidad inmediata. Al contrario de las obligaciones civiles, en las cuales se debe recurrir al juez competente para que lo fije.

1.2.3.4 Mora mercantil

En las obligaciones y contratos mercantiles, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, bastando únicamente que el plazo haya vencido o sean exigibles. En las obligaciones civiles, para incurrir en mora, es necesaria la interpelación o sea el requerimiento en forma judicial o por medio de un notario.

1.2.3.5 Derecho de retención

Es la facultad que se concede al acreedor mercantil para retener bienes inmuebles o muebles de su deudor, que se hallen en su poder; o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple, o bien hasta que el deudor cumpla

1.2.3.6 Capitalización de intereses

Significa que cuando el deudor deja de pagarlos, la cantidad que se adeude por ese concepto acrecienta el capital.

1.2.4 Elementos y características

1.2.4.1 Elementos esenciales del contrato mercantil

Son elementos esenciales de los contratos mercantiles:

- a) El consentimiento.
- b) El objeto que pueda ser materia del mismo.

El consentimiento es la manifestación de voluntad, que debe ser libre, esto es sin vicios (error, violencia, dolo o mala fe); por la que una persona da su aprobación para celebrar un contrato. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo.

Son objeto de los contratos: a) la cosa que el obligado debe dar, b) el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. Para poder ser objeto del contrato, las cosas deben reunir los requisitos siguientes:

- a.- Existir en la naturaleza.
- b.- Ser determinadas o determinables.
- c.- Estar en el comercio.

1.2.4.2 Características de los contratos mercantiles

a) Representación para contratar

Se le llama representación aparente, se da cuando una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil.

b) Forma del contrato mercantil

El Código de Comercio establece que los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formalidades especiales. El Código Civil, establece formas de contratarse. Entre las excepciones está el contrato de fideicomiso y el de sociedad, los que deben celebrarse en escritura pública.

c) Cláusula compromisoria

En los contratos mercantiles, las controversias se dirimen mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en escritura pública

d) Contratos por adhesión

Existen dos clases:

d.1) Contratos mediante formularios, cuya interpretación se rige por las siguientes reglas: a) En caso de duda, se interpretan en el sentido menos favorable de quien preparó el formulario; b) Cualquier renuncia de derechos tiene validez, si

está expresada en caracteres más grandes o diferentes al resto del documento; c)
Las cláusulas adicionales prevalecen sobre las generales, aunque estas no hayan sido dejadas sin efecto.

d.2) Contratos mediante pólizas: Pueden ser mediante póliza (el seguro), facturas (compraventa) o mediante órdenes o pedidos (el suministro). En estos contratos, cuando existen diferencias entre los términos en que se contrató y lo que dice el documento, se puede pedir rectificación dentro de los 15 días siguientes a aquel en que se recibe el documento.

e) Omisión fiscal

El hecho de que se omita el pago de impuesto en la celebración de un contrato, no lo hace ineficaz, pero además de pagar la carga tributaria, debe responder de las multas establecidas por el derecho tributario.

f) Libertad de contratación

Establece que a nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello signifique un acto ilícito o abuso de derecho.

g) Cláusula "Rebus Sic Stantibus"

Es conocida como teoría de la imprevisión, en comercio, el deudor, puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la prestación.

1.3 Naturaleza jurídica

El contrato mercantil es una especie de convenio, ya sabemos que es un acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, de acuerdo al Artículo 1517 Código Civil, nos da la definición del contrato diciendo que: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

Los contratos son la fuente más importante de las obligaciones mercantiles, ya que la actividad de los comerciantes principalmente consiste en contratar. El contrato mercantil es un acto de comercio de donde dimanar obligaciones mercantiles, además de ser un elemento circulatorio. En el contrato mercantil su principal móvil es el lucro.

En términos generales, en el contrato mercantil, la obligación del mismo carácter constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación de carácter mercantil. Tomando en consideración entonces, que el Estado como tal no se tiene dentro de sus actividades el comercio o la prestación de servicios con fines lucrativos, se puede deducir con facilidad que este tipo de relaciones se da únicamente entre particulares, quienes de manera libre y sin la intervención estatal, expresan su voluntad en un negocio mercantil, sabiendo cada una de las partes los riesgos y beneficios que el contrato celebrado conllevan. Ante esta situación, se puede afirmar con propiedad que los contratos mercantiles son acuerdos de voluntades que se celebran libremente entre particulares y que se rigen por el derecho privado, siendo esa su naturaleza jurídica.

1.4 Contratos típicos

De cada uno de los contratos tipificados en el Código de Comercio se realizará una anotación somera, con el fin de dejar una descripción teórica de su concepto y elementos, ello sin ahondar en su análisis, por no ser trascendente para la presente investigación, salvo lo relacionado con el contrato atípico de franquicia, cuyo siguiente capítulo le ha sido dedicado.

1.4.1 La compraventa mercantil

Es el instrumento jurídico adecuado para el intercambio de una cosa contra un precio en dinero, que se opera mediante el cumplimiento de obligaciones recíprocas.

Se diferencia de la compraventa civil, en el sentido de que en ésta se compran las cosas para el uso o consumo propio, y en la mercantil, para su reventa con fines de lucro; lo que diferencia es la intención de quien las compra, no así su profesión ya que puede tratarse de comerciantes o de personas que no son comerciantes.

1.4.2 Contrato de suministro

Es aquel por el cual una empresa (suministrador o proveedor) se obliga, mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidades fijadas en el contrato o determinadas por el acreedor de acuerdo a sus necesidades.

Es aquel por medio del cual una parte (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio, a realizar a favor de otra (suministrado), prestaciones periódicas o continuadas de cosas muebles o servicios. (Artículo 707 del Código de Comercio).

1.4.3 Contrato estimatorio

Es el contrato por medio del cual una parte entrega uno o varios bienes muebles a la otra, y esta última se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas en el tiempo establecido. Al entregar los bienes las partes hacen una estimación de su precio, de ahí deriva el nombre del contrato.

1.4.4 Contrato de depósito mercantil

Es aquel por medio del cual una persona llamada depositante, entrega una cosa a otra llamada depositario, para su guarda y custodia, quien adquiere la obligación de devolverla dentro del plazo establecido. Para la concreción de este contrato, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que al menos uno de los sujetos sea comerciante;
- b) Que las cosas depositadas sean objeto de comercio;
- c) Que el depósito constituya una operación mercantil.

Dentro de los elementos personales que convergen en el contrato de depósito mercantil, como ya se mencionó, al menos uno debe ser comerciante y se denominan así: a) Depositante: entrega el bien y debe retribuir al, b) Depositario, que es quien recibe el bien para su guarda y custodia y debe restituirlo en el plazo determinado.

Dentro de los elementos reales de este contrato tenemos: a) Objeto: cosas que se encuentren dentro del comercio, fungibles o no fungibles; b) Precio: retribución que debe pagar el depositante al depositario.

El elemento formal de este contrato varía según la naturaleza y organización empresarial del sujeto depositario. Puede ser que se formalice mediante simple acuerdo verbal, por un contrato de adhesión; y por escrito, como en el caso del depósito bancario o el que se hace en los almacenes generales de depósito.

1.4.5 Contrato de apertura de crédito

Es el contrato por medio del cual una persona llamada acreditante, se obliga a poner una suma de dinero a disposición de otra llamada, acreditado, o a contraer obligaciones por cuenta de éste, para que haga uso del crédito concedido en la forma, términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirle oportunamente el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

1.4.6 Contrato de descuento

Es el contrato por medio del cual se realiza una operación mercantil a través de la cual una persona llamada descontatario, transfiere a otra llamada, descontador, un crédito de vencimiento futuro, y éste pone a su disposición el crédito previa deducción de una suma fijada de común acuerdo. Es una operación de crédito, en la que existe una relación cambiaria entre dos personas, en la que la primera transmite a la segunda un crédito de vencimiento futuro por una suma de dinero menor a la misma suma.

1.4.7 Contrato de cuenta corriente

Es el contrato que se realiza entre dos comerciantes que realizan actividades que provocan deudas recíprocas susceptibles de compensarse, consiguiendo con ello utilizar únicamente el dinero en efectivo indispensable que desde luego, será el saldo que resulte una vez hecha la compensación.

Según lo regulado en el Artículo 734 del Código de Comercio, la cuenta corriente es aquel contrato en que los créditos y débitos derivados de las remesas recíprocas de las partes, se consideran, respectivamente, como partidas de abono y cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista y sólo el saldo que resulte al cierre de la cuenta constituirá un crédito exigible en los términos del contrato.

1.4.8 Contrato de reporto

Es aquel por medio del cual, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir al reportado, la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, en el plazo convenido, contra reembolso del mismo precio, que podrá ser aumentado o disminuido de la manera convenida.

1.4.9 Contrato de tarjeta de crédito

Contrato por el cual el comerciante que extiende el documento se compromete a pagar, hasta una suma determinada, las compras al crédito que el titular haga con los comerciantes afiliados al sujeto que extiende la tarjeta. El tarjetahabiente paga una suma por la vigencia de la tarjeta según el plazo y garantiza al dador el pago, de la forma que éste lo exija.

1.4.10 Crédito documentario

Es el contrato por medio del cual, un sujeto llamado acreditante, se obliga frente a otro llamado acreditado, a pagar o contraer una obligación por cuenta de éste y en beneficio de un tercero beneficiario, de acuerdo a los requerimientos del propio acreditado.

Son contratos de apertura de crédito en los que el acreditante se obliga a pagar o bien aceptar letras (de cambio) a favor de un tercero, por cuenta del acreditado contra presentación de ciertos documentos, anexos generalmente a letras documentadas.

1.4.11 Contrato de fideicomiso

Es un negocio jurídico por medio del cual una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

Por fideicomitente debe entenderse la persona que mediante contrato o testamento transfiere los bienes. Debe tener capacidad de enajenar, en el caso de menores sus representantes pueden constituir fideicomisos con autorización judicial.

Por fiduciario debe entenderse a la persona a quien se confían los bienes y se encarga de darles el destino establecido en la escritura constitutiva. Debe ser un banco o una institución de crédito autorizada por la Junta Monetaria. No puede reunir la calidad de fideicomisario. Debe suscribir el contrato, cuando se trata de un testamento puede omitirse su designación, en cuyo caso lo hará el juez a requerimiento del fideicomisario. El fiduciario tendrá derecho a ejercitar y efectuar las erogaciones necesarias para el cumplimiento del fideicomiso, defender los bienes

fideicomitidos, otorgar mandatos especiales, percibir una remuneración. Tiene como obligaciones: ejecutar el fideicomiso según la voluntad del fideicomitente.

Por fideicomisario debe entenderse a la persona que resulta beneficiada, debe tener capacidad de adquirir derechos y debe designarse en el instrumento constitutivo o dar los parámetros para que sea determinado. Tiene derecho a exigir la ejecución del fideicomiso, pedir la remoción del fiduciario.

1.4.12 Contrato de agencia

Existe cuando un comerciante, que se le conoce como principal, encarga a otra, agente independiente, que va a fungir como su auxiliar, la promoción de negocios de su giro, que celebrará por su cuenta y riesgo. Puede ser que el agente solo promocioe el negocio o que lo promocioe y celebre, en este último caso se trata de un agente representante.

1.4.13 Contrato de distribución o representación

Es el contrato por medio del cual un comerciante llamado principal, contrata a otro comerciante denominado distribuidor o representante, para que por cuenta de éste se venda, distribuya, promueva, expendia o coloque los bienes o servicios de su giro. El distribuidor actúa por su cuenta, con su propia empresa, colocando los bienes y servicios en forma masiva. El distribuidor no es auxiliar del comerciante, no actúa en nombre del principal, ni funge para ligarlo con un tercero. Sus negocios celebrados, son actos personales, como consecuencia de la provisión de bienes o servicios que ha recibido.

Este contrato permite al principal la extensión de sus negocios, el distribuidor actúa en nombre propio, se sujeta a cualquier reclamo que el tercero pudiera hacer. El distribuidor a diferencia del agente independiente, no percibe comisión por su actuación, su ganancia es la diferencia en el precio en que le suministra el principal y el que él le aplica a quien le compra los bienes y servicios, sobre los cuales ha adquirido un derecho de propiedad.

1.4.14 Contrato de transporte

Es un contrato por el cual una persona, llamada porteador, se obliga por un precio, a conducir personas o cosas de un lugar a otro. Es un medio para la prestación de un servicio público con características propias, y destinado a funcionar como unidad contractual autónoma.

1.4.15 Contrato de participación

Es el contrato por medio del cual un comerciante denominado gestor, se obliga a compartir con una o varias personas llamadas partícipes, que le entregan bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que produzca su empresa como consecuencia de parte o la totalidad de sus negocios. No da como consecuencia a una persona jurídica, no puede publicitarse frente a terceros por medio de razón social o denominación.

1.4.16 Contrato de hospedaje

Es el contrato por medio del cual una persona da albergue a otra mediante una retribución, comprendiéndose o no la alimentación. Es un contrato tipificado y

delimitado en sus alcances jurídicos, en el que la prestación del comerciante es la de un servicio, de albergue o alojamiento.

1.4.17 Contrato de seguro

Es el contrato por medio del cual una empresa se obliga a pagar determinada suma cuando ocurra un evento fortuito, mediante una prima, calculada según la probabilidad de que el evento suceda. Es el contrato por medio del cual, el asegurador, que deberá ser una sociedad anónima organizada conforme la ley guatemalteca, se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al ocurrir el riesgo previsto en el contrato, a cambio de la prima que se obliga a pagar el asegurado, o el tomador del seguro. Se complementa con el contrato de reaseguro por medio del cual el asegurado traslada al reasegurador todo o parte de su propio riesgo.

1.4.18 Contrato de fianza mercantil

Es aquel en el que una afianzadora se compromete a responder de las obligaciones de otra persona, conforme las normas y tarifas que dicta la Superintendencia de Bancos.

Se complementa con el contrato de reafianzamiento, por medio del cual una afianzadora se obliga a pagar a otra, según los términos del contrato, las sumas que ésta haya pagado al acreedor del contrato de fianza reafianzado. La reafianzadora provee los fondos para el cumplimiento de la obligación afianzada, bajo pena de responder de los daños y perjuicios que cause la no provisión. Cuando el reafianzamiento se paga, se subroga en los derechos que la parte reafianzadora tenga en contra de sus fiados y contrafiados.

1.5 Otros contratos atípicos

No debe confundirse los contratos atípicos con los innominados, atípicos se refiere a que no se encuentran regulados en la ley, mientras que innominados se refiere a que carecen de nombre. El contrato atípico se fundamenta en la libertad de configuración interna, la que tiene como límite la creatividad de las personas para inventar fórmulas de negociación y plasmarlas en cláusulas contractuales, siempre dentro de los límites del orden público, las leyes prohibitivas expresas y la moral en cuanto al objeto del contrato y sus condiciones. A continuación se presenta un breve resumen de cada uno de los contratos mercantiles más conocidos y utilizados a pesar de no estar regulados en la legislación de la materia. No se incluye el contrato de franquicia ya que respecto de éste, por ser fundamental en la investigación, aparece analizado de una manera mucho más amplia en el capítulo siguiente.

1.5.1 Contrato de leasing (arrendamiento mercantil)

Conocido también como arrendamiento financiero, locación financiera o arrendamiento con opción de compra. Consiste en una operación financiera conformada por tres figuras: arrendamiento, compraventa y la opción de compraventa. Se considera una operación de financiación de mediano o largo plazo que se materializa entre una entidad financiera autorizada y una empresa comercial, industrial o de servicios interesada en incorporar, renovar o modernizar sus equipos productivos e instalaciones, en pro de la obtención de mejores niveles de eficiencia y competitividad.

En Guatemala, no existen normas legislativas que regulen este contrato; sin embargo, existe una resolución de la Junta Monetaria que se refiere al mismo, estableciendo los lineamientos generales para realizar operaciones de arrendamiento financiero:

- a) El arrendamiento financiero implica la adquisición de bienes para el uso de las instituciones bancarias, con el fin de otorgar un crédito.
- b) Los contratos de arrendamiento financiero se registrarán en la contabilidad de los bancos como activos financieros, afectos al requerimiento mínimo de capital.
- c) La amortización de los activos financieros, constituidos por los contratos de arrendamiento financiero, se efectuará de conformidad con las cuotas previstas en los propios contratos. El valor de las cuotas se fijará de manera que en el plazo convenido se amortice el monto pactado en el contrato respectivo.

1.5.1.1 Leasing operativo

El propietario fabricante o proveedor de un bien lo transfiere a otro para utilizarlo en su actividad económica. En este caso el locador o arrendante negocia con el locatario o arrendatario el uso del bien o cosa, a cambio de una renta y por un plazo de corta duración, lo que permite al fabricante o proveedor celebrar diversos contratos sobre el mismo bien, asegurándose ganancias rentables. El arrendatario, en este caso, tiene a su servicio el bien y no se preocupará de su mantenimiento, pues eso es obligación del locador. En esta modalidad de leasing no es de su naturaleza que el arrendatario adquiere el bien al finalizar el plazo, no hay opción de compra, por lo que según algunos autores se trata de un contrato de arrendamiento.

En el leasing operativo el locador es al mismo tiempo el fabricante o proveedor de los bienes. Si no es así, nos encontramos frente a la figura del renting, que es el negocio que en el mercado conocemos al arrendar un vehículo para uso

personal y operado por el mismo arrendatario. El contrato de renting es un contrato típico de arrendamiento en el que el locador ni fabrica ni provee el bien.

1.5.1.2 Leasing financiero

El sujeto llamado dador proporciona dinero para comprar un bien que necesita tomador, adquiriéndolo directamente del proveedor y pagándole el valor del mismo. Esta adquisición la hace el dador a su nombre y transfiere su uso al tomador, quien previamente ha seleccionado el bien a su conveniencia. El tomador se compromete a pagar una renta por el uso del bien adquirido con el financiamiento y goza de la opción de comprarlo al finalizar el plazo, por un precio residual que fijan al celebrar el contrato.

El leasing financiero es aquel en virtud del cual una arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso y goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o colectiva, obligándose ésta a pagar como prestación, que se liquidará en pagos parciales según se convenga, una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubra el valor de la adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y a adoptar al vencimiento del contrato alguna de las siguientes opciones: compra de los bienes, prórroga del contrato, participación en el precio de venta de los bienes.

1.5.2 Contrato de factoring

Es un contrato que tiene su origen en la práctica del comercio en los Estados Unidos de América y ha adquirido gran aplicación en Europa occidental, aunque ha ido tomando diferentes matices según el país donde se desarrolle. Es un contrato de carácter financiero, en el que una empresa adquiere los créditos a favor de otra y los

financia, para cobrarlos luego directamente a la empresa factoreada. Es un convenio de efectos permanentes establecido entre el contratante, según el cual se compromete a transferir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores y notificarles esa transmisión; como contrapartida, el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar su importe, bien por anticipado, a fecha fija o mediante deducción de sus gastos de intervención.

El factoring es una real y verdadera operación de crédito, por la cual el cliente obtiene el valor de los objetos que ha vendido, lo que se traduce en una obtención de liquidez para el comerciante; a su vez, el factor obtiene su ganancia mediante los intereses que cobra por el financiamiento, de acuerdo con el plazo a que esté sujeto el cobro de las facturas y las tasas vigentes en el mercado financiero. No existe financiamiento, el factor se concreta a la administración de las facturas y cobro de las mismas, mediante un precio por ese servicio. En nuestro país el contrato de factoring carece de aplicación y es destacable su desconocimiento en nuestra técnica y práctica financiera.

1.5.3 Contrato de underwriting

Es una operación por la cual un banco o una sociedad financiera otorga prefinanciamiento a la sociedad emisora sobre la suma que representa el total o parte de los valores a emitir: acciones o debentures, pagando un precio menor al valor nominal de cada documento, los cuales colocará posteriormente por un precio mayor.

El underwriting se considera en firme cuando el ente que otorga el prefinanciamiento adquiere los títulos con el fin de colocarlos al menor plazo posible, en el entendido de que, con la adquisición, se convierte en socio temporal de la

sociedad emisora. El underwriting se considera no en firme cuando el ente financiero, no obstante de otorgar el financiamiento, se obliga a colocar los títulos, pero por cuenta del emisor.

1.5.4 Contrato de joint ventures

Es aquel por el cual, el conjunto de sujetos de derecho, nacionales o internacionales, realizan aportes de las más diversas especies, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio común, pudiendo ser éste desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará dentro de un lapso limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos. Es un modo de colaboración empresarial que permite conjuntar recursos dinerarios y no dinerarios en la explotación de una negociación comercial, se trata de un agrupamiento de recursos más que de empresas.

1.5.5 Contrato de concesión comercial

Este contrato surge de la necesidad que tiene el comerciante principalmente a nivel industrial, de desentenderse de la comercialización directa de sus productos con relación al consumidor final, utilizando a cambio a otras empresas cuyos titulares son los típicos comerciantes que intermedian entre producto y consumidor.

Cuando un comerciante concesionario, pone una empresa de distribución o de venta en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial, llamado concedente para asegurar exclusivamente en un territorio determinado durante un período limitado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de sus productos de los que se le ha concedido el monopolio de reventa. Es un contrato según el cual un

comerciante o empresario otorga a otro comerciante el derecho a la compra de sus productos para su posterior reventa a nombre y por cuenta propia de este último que pone su empresa a disposición de aquel que en forma exclusiva y sujeto a un conjunto de normas que establece el concedente por medio de un reglamento.

CAPÍTULO II

2. El contrato atípico de franquicia

2.1 Generalidades

En las modernas formas de comercialización, las bases de toda organización comercial se han visto sensiblemente alteradas con el objeto de reformularlas y repotenciarlas, alcanzando niveles de excelencia casi exacerbados lo que ha ocasionado obligatoriamente una reformulación en el aspecto jurídico de la cuestión.

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

En la modalidad que nos ocuparemos en particular, podríamos afirmar que es una actuación independiente dentro de una integración empresarial, en donde mediante un acuerdo de partes una de ellas poseedora de un determinado producto, sistema de comercialización y/o de producción, hace un licenciamiento a favor de la otra, para que lo produzca, comercialice y utilice la marca del mismo siguiendo sus mismas pautas.

2.2 Antecedentes históricos

Originariamente, la palabra franquicia, es sinónimo de privilegio. En la edad media, en Europa, existían las denominadas Ciudades con Cartas Francas, que garantizaban ciertos privilegios a las ciudades y/o ciudadanos y también surge en virtud de la concesión hecha por la Iglesia Católica, a ciertos señores de tierras para que actuaran en su nombre recolectando los impuestos para la misma. Este contrato surge, como Franquicia comercial, en los Estados Unidos de Norteamérica, en el año 1850 aproximadamente, cuando la compañía Singer & Co ó Singer Sewing Machine Company, crea una novedosa forma de distribución y venta, que continúa hasta nuestros días, para sus máquinas de coser, producto base de dicha empresa. No debemos olvidar a la empresa General Motors, que a partir de 1898, adopta el Franchising como estrategia de expansión para su red de distribuidores. Otros, manifiestan que históricamente, fue en la década del treinta que Howard Johnson establece la primera franquicia con una cadena de aproximadamente veinticinco franquiciados y luego a partir de la década del cincuenta aparecen las grandes franquicias.

Es importante recalcar que la legislación específica sobre la materia surge recién en la década del setenta en California. En América Latina, se ha receptado bajo diversas denominaciones, sin que se haya concretado norma específica alguna. En nuestro país, ya es una realidad, en virtud de la invasión progresiva de las cadenas de comercialización de comidas rápidas o Fast Food.

2.3 Naturaleza jurídica

La franquicia, por naturaleza es un contrato sui generis, autónomo con las características propias siguientes:

- a) Bilateral;
- b) Conmutativo;
- c) Oneroso;
- d) Por adhesión;
- e) De tracto sucesivo;
- f) Atípico.

Se trata de un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Es bilateral, ya que el contrato produce derechos y obligaciones para ambas partes. Se trata de un contrato atípico, pues no se encuentra regulado en nuestro derecho, por lo cual se le conoce como contrato innominado. Es un contrato oneroso, pues cada una de las partes obtiene una ventaja de su prestación. En su concepción dinámica y evolucionada, la franquicia comercial llamada "*business format franchising*", es un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua.

La doctrina más autorizada califica a la franquicia, como un contrato de colaboración empresarial, que implica básicamente, un modelo de colaboración entre distintas empresas independientes, a los fines de que por medio de la acción común de las mismas, se logre, el desarrollo de los negocios en forma más eficaz. Pero si bien debería existir un equilibrio de poder, en realidad es el franquiciante quien somete al franquiciado y pone a disposición del mismo dos elementos: el primero, es

una técnica empresarial para asegurar el éxito de la franquicia y en segundo lugar, un producto y una marca, que gozan de fama y buen nombre en el mercado. Siendo uniformes tales elementos para todos los franquiciados que integran la red del franquiciante, creando así una imagen de distribución. Para otros autores, el contrato de franquicia contiene todas las características del contrato de concesión manifestando que son de aplicación las normas reguladoras de la misma y agregando las normas relativas a la transferencia de marcas, designaciones comerciales y tecnología.

2.4 Concepto

En el ámbito internacional, este modelo de contratación es conocido por su nombre o designación dada en su país de origen, Estados Unidos de América, mientras que en el mundo de habla hispana traducido a idioma castellano es "*Franquicia*", pero lamentablemente, el significado idiomático de esta palabra no expresa el concepto y el contenido del "*Contrato de Franchising*", en su totalidad.

A nivel doctrinario, no existe un consenso sobre su conceptualización, siendo en aproximación un contrato por el cual, un comerciante (franquiciante), otorga a otro (franquiciado), la licencia, para que venda productos o servicios de su titularidad. Generalmente, se paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalti) sobre grandes ventas. Para otros, es un sistema de distribución comercial llevado a cabo por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba, la transmisión de un *know how*, la licencia y uso de una marca, asistencia técnica y contable bajo control del otorgante y de conformidad con un método preestablecido por él, en contraprestación del pago de un canon y otras prestaciones adicionales. Otros entienden, que este contrato, es una forma de concesión para la comercialización de un producto, siendo un contrato en virtud del cual, un comerciante otorga la concesión para la

comercialización de un producto determinado, pero además, con el aditamento de la transferencia de los signos distintivos, las técnicas de comercialización y el *savoir faire* comercial, asegurando, una forma de explotación rentable ya probada.

La franquicia puede ser definida como un sistema de colaboración entre dos partes jurídicamente independientes, vinculadas entre sí a través de un contrato mediante el cual una de las partes, la empresa franquiciadora, sede a cambio de cierta remuneración económica, el derecho a utilizar su marca comercial y su “saber-hacer” empresarial, por un tiempo limitado y en un territorio determinado.

Es un acuerdo (vertical) por el cual el propietario de una marca, nombre comercial u otra presentación de marketing distintiva (franquiciante) otorga una licencia en favor de un minorista (franquiciado) para que se utilice su marca, nombre comercial o presentación, y para disponer su establecimiento de acuerdo al distintivo o formato asociado con el franquiciante.

Básicamente la franquicia es una suerte de simbiosis. Una parte, que es conocida como franquiciante otorga licencia a un comerciante independiente, llamado el franquiciado, para que venda productos o servicios de su titularidad. La franquicia responde a la necesidad de una renovación constante de la oferta de mercado, obligada por la imparable y creciente aparición de nuevos competidores y la exigencia de ofrecer nuevas prestaciones.

La franquicia consigue un mayor acercamiento al consumidor a través de una “especialización” bien entendida, o sea, centrada en un mejor conocimiento del producto y sobre todo, un mejor servicio y atención al consumidor. Doctrinariamente las franquicias se definen como concesiones o licencias, que se presentan como un acuerdo contractual mediante el cual una compañía matriz (franquiciadora) le concede a una pequeña compañía o individuo (franquiciador) el derecho de hacer negocios en condiciones específicas.

2.5 Clases, contenido y elementos:

2.5.1 Clases

Existen en la práctica distintos tipos de contratos de Franquicia, a saber:

- a) **Franquicia de producción:** Es aquella donde el franquiciador, además de ser el titular de la marca, fabrica los productos que comercializa en sus establecimientos franquiciados. Aquí la empresa franquiciadora es la que fabrica los productos y es además propietaria de la marca, el know-how, por lo que otorga franquicias para que el franquiciado produzca los productos. Por tanto, la marca que distribuye y la que fabrica es la misma. El franquiciador actúa a modo de central de compras, seleccionando y negociando los mejores productos y las condiciones más ventajosas con los proveedores.

- b) **Franquicia de servicio:** Simplemente se suministra un servicio, como técnica determinada, ejemplo, el asesoramiento inmobiliario, enseñanza, hotelería, etc.

Es el tipo de franquicia más dinámico y con más proyección. El franquiciador cede el derecho a utilizar y comercializar una fórmula o sistema original de cualquier tipo de servicio con un nombre ya acreditado y que ha demostrado su eficacia a nivel de aceptación. Es la explotación de un determinado servicio cuya fórmula original es propiedad del franquiciador, quien la transmite a sus franquiciados. Este tipo de franquicias es la que tiene mayor auge en la actualidad.

Dentro de este tipo, el franquiciador le ofrece al franquiciado una fórmula original y específica de prestación de servicios al consumidor. Por su parte el franquiciado provee los servicios al cliente con el mismo nivel de calidad y a los mismos precios. Es importante destacar, que debido a su carácter abstracto, esta clase de acuerdo necesita una constante colaboración y transmisión de know-how por parte del franquiciador. Dentro de las empresas que utilizan este sistema podemos citar la cadena de comidas rápidas McDonalds, Kentucky Friend Chicken y Donkin Donuts.

- c) Franquicia de industria: Se compone de dos industriales: el franquiciador y el franquiciado. El fabricante del producto cede el derecho a fabricar y comercializar el producto con su marca original. Precisa una fuerte inversión de capital. Aquí el vínculo es jurídico y económico, traspasando tecnología, nombre y marca del producto. El franquiciador -quien debe ser titular de la propiedad industrial- cede a sus franquiciados la tecnología y materias primas necesarias para manufacturar un determinado producto y posteriormente venderlo en el mercado. En este tipo de franquicia, una industria decide transferirle a otra su tecnología y su propiedad industrial. En este caso, el franquiciador adquiere el derecho de producir y distribuir los productos del franquiciador utilizando la tecnología adquirida. Los ejemplos más famosos son los de Coca-Cola, Yoplait, Royal Canin, etc.

- d) Franquicia de distribución: Se fija en este caso al franquiciado, los productos que tiene que vender con la aportación de la marca, ejemplo, productos, alimenticios, textiles, etc.

En estos casos, 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 venta franquiciados en condiciones ventajosas. El franquiciante cede los productos que el mismo fabrica y/o la marca a sus

franquiciados a cambio de regalías o precios de compra más altos. Sus características básicas se concentran en el desarrollo del producto o servicio, más que en la operación del negocio. Se le concede más libertad al franquiciado, pero a la vez menos aporte operacional. Le son fijados al franquiciado, los productos que tiene que vender con la aportación de la marca. El franquiciador cede al franquiciado la distribución de sus productos, junto con el derecho a utilizar su nombre comercial.

- e) Franquicia-corner: Se da cuando un comerciante tradicional acepta destinar una parte de su local de una forma exclusiva a una determinada marca, bajo las siguientes normas: En la zona destinada sólo deberá haber productos con la imagen y la marca en cuestión y hay una mayor independencia y menor exigencia por el franquiciador. Se desarrolla dentro de un establecimiento comercial, por departamentos, en el cual existe un espacio franquiciado. En este espacio, se venden los productos o se prestan los servicios objeto de la franquicia, según los métodos y las especificaciones del franquiciador. Es aquella que se desarrolla dentro de otro establecimiento comercial, con un espacio franquiciado donde se venden los productos y/o se prestan los servicios del franquiciador de acuerdo con sus especificaciones.

- f) Master-franquicia: Esta modalidad consiste en exportar una franquicia de un país de origen hacia otro, a través de la figura del master-franquiciado, persona física o jurídica, a la cual el franquiciador original vende los derechos de su franquicia para que la desarrolle en el país de destino. El master-franquiciado es el gestor y responsable del desarrollo y representación del franquiciador de forma exclusiva en su país y será el encargado de seleccionar a los franquiciados y adaptar el negocio a las características específicas del país en el que se desarrolle. Es el sistema más utilizado para extender una franquicia a nivel internacional. Se trata de la relación contractual que un franquiciador extranjero establece con una persona natural o jurídica del país

en cuestión, actuando este último como franquiciado y al mismo tiempo como franquiciador de determinados puntos de venta que se inauguran, siendo directamente responsable del desarrollo y representación del franquiciador de forma exclusiva en su país o en una región de países. El franquiciado master está encargado del establecimiento piloto, es el responsable de la selección de nuevos franquiciados, de la inversión, publicidad global de la red y en general de todas las relaciones con los franquiciados de su territorio. Este sistema es utilizado cuando el franquiciador no desea o no dispone de los recursos financieros y del personal necesario para desarrollar la franquicia de manera directa en el país extranjero. Este método también es eficaz para sobrellevar las diferencias culturales que podrían impedir que el franquiciador accediera directamente a un nuevo mercado para sus productos o servicios. Debido al conocimiento que tiene el franquiciado en las costumbres y usos e incluso de los vicios tramitológicos dentro de su país, puede servir de puente para que el franquiciador expanda sus negocios, sin necesidad de involucrarse directamente, en muchos países simultáneamente y en un tiempo que no es comparable con el que necesitaría para comprender tales costumbres y usos, con los costos que ello implicaría.

- g) Franquicia de formato de negocio: En este tipo, el franquiciador le ofrece al franquiciado un negocio que ha sido estandarizado hasta en el más mínimo detalle y reducido a manuales, de tal forma que en conjunto con la asistencia del franquiciador, le permiten al franquiciado operar de manera exacta a como lo haría el franquiciador en un negocio propio. El formato de negocio se refiere a todos los asuntos, incluyendo los aspectos técnicos, gerenciales, de mercadeo, de adecuación del local, de atención del cliente, etc. La franquicia de formato de negocio corresponde al concepto moderno de franquicia comercial. Se ha desarrollado principalmente en las franquicias de servicios y mixtas (distribución y servicios).

- h) Franquicia de formato de tercera generación: El franquiciado recibe un sistema completo para operar el negocio, un plan total que comprende la asistencia por parte del franquiciante en la búsqueda del local adecuado para la instalación del negocio, el entrenamiento y la capacitación del personal en todas las áreas del mismo. Este entrenamiento se prolonga durante la existencia del contrato de franquicia. El franquiciante concede al franquiciado la exclusividad del territorio, y éste comercializa o distribuye los productos o servicios exclusivamente. El franquiciado recibe: manuales de procedimiento, apoyo publicitario, asistencia en la compra de equipos y fuentes adecuadas de materias primas o productos.

- i) Franquicia por conversión: Se trata de aquellos acuerdos en los que un negocio ya establecido accede a una cadena de franquicia, adoptando las características de la misma relativas a imagen, el nombre comercial, publicación conjunta, etc.

- j) Plurifranquicias: El franquiciado gestiona franquicias diferentes que normalmente suelen ser complementarias y no competitivas. Se trata del caso de franquiciados que asumen la explotación de distintos puntos de venta de distintas cadenas de franquicias.

- k) Multifranquicia: El franquiciado tiene más de un establecimiento del mismo franquiciador, y le corresponde un área determinada en la que puede abrir el número de establecimientos que estime convenientes.

- l) Franquicia activa: Es aquella en que el franquiciador exige que sus franquiciados sean los que personalmente gestionen y estén al frente de sus establecimientos.

2.5.2 Contenido

Como contenido esencial del contrato de franquicia se puede citar el siguiente:

- a) Debe aportar el know How (*del inglés “saber como”, es una forma de transferencia de tecnología*) del franquiciante.
- b) Debe indicar las fuentes de suministro de los productos.
- c) Debe aportar los derechos de propiedad industrial relacionados con el objeto del contrato.
- d) Debe definir las contraprestaciones económicas.
- e) Debe establecer el cuadro de exclusividades.
- f) Debe establecer los medios de control sobre la gestión del franquiciado.

2.5.3 Elementos

Los elementos que hacen comercial, la esencia del contrato de franquicia, coinciden los autores, están siempre presentes tanto en el ámbito nacional como internacional y son los siguientes:

2.5.3.1 Licencia de marca

Hace la esencia del contrato de franquicia comercial, ya que por medio de aquella, el franquiciante es titular de una marca sobre un producto o servicio, pues la clientela es atraída por el renombre y prestigio de la misma, y por supuesto que el franquiciado además de utilizar su marca, utiliza también sus signos y símbolos 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.

2.5.3.2 Transferencia de un know how (*del inglés “saber como”, es una forma de transferencia de tecnología*)

El franquiciante tiene la obligación de poner en práctica al franquiciado con respecto a la conducción, estructura y organización del negocio y por supuesto, éste, debe seguir las instrucciones al pie de la letra, logrando una uniformidad en el producto y en la presentación del mismo. Esto puede incluir desde la decoración del local, hasta el listado de proveedores y entidades financieras.

2.5.3.3 Regalías o canon

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

2.5.3.4 Territorio

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

2.5.3.5 Asistencia del franquiciante al franquiciado

La misma puede estar condensada en un 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.

2.5.3.6 La no competencia y/o las posibilidades de subfranquiciar

Impidiendo por un lado de forma expresa la posibilidad de que el franquiciante realice negocios competitivos y por otro lado prohibiendo o no la posibilidad de subcontratar.

2.5.3.7 Confidencialidad

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

2.5.3.8 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 franquiciante. En nuestro derecho y en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden rescindir sin causa y en cualquier tiempo. Lo aconsejable en definitiva, es un término de dos a cinco años con opción a renovarlo por iguales plazos inclusive en forma automática.

2.6 Derechos y obligaciones de las partes

2.6.1 Derechos y obligaciones del franquiciante

- a) Adjudicar el derecho de explotar una unidad comercial u operativa en franquicia.

- b) Suministrarle al franquiciado el know-how (*del inglés “saber como”, es una forma de transferencia de tecnología*), las técnicas e instrucciones y el sistema para operar.
- c) Otorgarle al franquiciado exclusividad territorial o zonal.
- d) Otorgarle al franquiciado licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas, etc.
- e) Proporcionarle los manuales que contengan un detalle de los sistemas y procedimientos de operaciones de la franquicia de que se trate.
- f) Proporcionarle especificaciones de relaciones con terceros, clientes, publicidad, promoción, diseño y equipamiento del local o locales, pautas contables, cursos de capacitación del personal, seguro de los bienes, atención al público.
- g) Suministrarle productos y servicios.
- h) Limitar o vetar la elección de los locales.
- i) Actos de fiscalización o control del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de franquicia.
- j) Establecer condiciones para la revocación o extinción del contrato y sus causales.

2.6.2 Derechos y obligaciones del franquiciado

- a) Pagarle al franquiciante una tasa inicial por entrar a la cadena, adquiriendo el derecho de utilización de la franquicia.
- b) Pagarle al franquiciante una regalía periódica, calculada en función de la venta bruta del negocio franquiciado.
- c) Ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciante.
- d) Adquirir la licencia de utilización de nombre, marca, etc.
- e) Dar cumplimiento al programa de entrenamiento dictado por el franquiciante.
- f) Guardar la debida reserva, secreto, de toda la información suministrada por el franquiciante.
- g) Satisfacer los aportes porcentuales oportunamente convenidos para las campañas publicitarias.
- h) Dar intervención al franquiciante en la elección del local o locales en donde se va a establecer la franquicia.
- i) Aportes para la elección y puesta en marcha del local.
- j) Ajustar el sistema informático y contable a los requerimientos del franquiciante.

- k) Dar cumplimiento a la normativa vigente que regule los distintos aspectos que hacen la operatividad de la franquicia.
- l) Mantener el esquema de atención al público.
- m) No ceder ni subfranquiciar.
- ñ) Abstenerse de seguir utilizando el nombre y/o la marca una vez concluida la relación contractual.

2.7 Ventajas y desventajas del contrato de franquicia

2.7.1 Ventajas para el franquiciante

- a) El franquiciado corre con los gastos de inversión. El franquiciante encuentra en esta fórmula de comercio asociado gran capacidad de expansión de su negocio con una aportación no muy elevada de capital.
- b) La expansión se produce con personal ajeno. La expansión del negocio a través de la apertura de sucursales exigirá un incremento de la plantilla de la empresa, no siempre motivada, con el consiguiente incremento de costes de personal.
- c) Creación de una fuerte imagen de marca. Se producirá un efecto multiplicador que fortalecerá la presencia de la marca del franquiciante en el mercado.

- d) No será necesario un control tan directo de la gestión. La mayor motivación por parte del franquiciado comparada con la que tendría como empleado le incentivará a la consecución del éxito y resultados de su propio establecimiento. Su interés en el éxito de la empresa es mayor al haber invertido su capital y su trabajo en la misma.
- e) Facilidad para acceder a mercados exteriores. Las posibilidades de expansión exceden del ámbito local o incluso nacional pudiendo desarrollarse en otros países a través de la fórmula de master franquicia.
- f) Mejor planificación de las funciones de fabricación y aprovisionamiento. El desarrollo de una red de franquicias supone poder realizar grandes economías de escala en fabricación, compras de stock⁷, materiales, bienes y equipo.
- g) Rentabilización de los esfuerzos de marketing y comunicación. Aprovechamiento de las múltiples economías de escala que pueden derivarse de la coexistencia de varios establecimientos que desarrollan una misma actividad operando bajo la misma imagen.

2.7.2 Ventajas para el franquiciado

Garantía de independencia y de integración en una red comercial claramente apreciada e identificada por el público.

⁷ Es una voz inglesa que se usa en español con el sentido general de existencias, *reserva* de alguna cosa disponible para un uso futuro. En el lenguaje comercial y financiero su empleo como anglicismo es frecuente.

- a) Adquisición del know-how del franquiciador y conocimiento a priori de la rentabilidad y posibilidades del negocio que se pretende acometer.
- b) Aprovechamiento de las múltiples economías de escala que pueden derivarse de la coexistencia de varios establecimientos que desarrollan una misma actividad operando bajo la misma imagen (condiciones de compra más favorables, rentabilización de los esfuerzos de mercadotecnia y comunicación).
- c) Frecuentemente el franquiciante aportará ayudas financieras al franquiciado para acometer las inversiones iniciales necesarias.
- d) Asistencia al franquiciado en la realización de estudios de mercado, localización del emplazamiento más adecuado, formación del personal, empleo de medios publicitarios y promocionales, merchandising y decoración del local, aspectos técnicos y de gestión, contabilidad e informática.
- e) Dado que el franquiciante continuará con su labor de investigación y experimentación de nuevas técnicas y productos/servicios, el franquiciado podrá beneficiarse sin riesgo de aquellas pruebas que resulten exitosas.
- f) El franquiciado podrá explotar el know-how del franquiciante bajo unas condiciones geográficas preestablecidas ya que dispondrá de una zona de exclusividad territorial para la explotación del know-how del franquiciante

2.7.3 Desventajas para las partes

- a) La integración en una red de franquicia representará tener que soportar unos costes adicionales que no encontraríamos en caso de apertura 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.

- b) El franquiciado tendrá un margen reducido de creatividad ya que todos los aspectos de la explotación del negocio están predefinidos por el franquiciante y estipulados en los manuales.
- c) Si el negocio consigue superar las previsiones iniciales de rentabilidad establecidas por el franquiciante, es muy posible que el franquiciado comience a cuestionarse la necesidad de pagar los royalties de funcionamiento y termine por no aceptar de buen agrado las visitas periódicas del personal de control del franquiciante.
- d) El bajo rendimiento y capacidad de otros puntos de venta de la red pueden afectar gravemente la imagen y reputación de nuestro negocio.
- e) Pueden darse limitaciones para la venta o traspaso del negocio. El franquiciante puede tener derechos de compra y de rescisión del contrato según las condiciones definidas en el mismo.
- f) Existencia de riesgos asociados a la gestión del franquiciante.
- g) Un franquiciante en fase de lanzamiento pondrá más esfuerzos en la captación de nuevos franquiciados que en la prestación de servicios adecuados de asistencia y apoyo. La limitación de recursos financieros puede generar importantes deficiencias en la prestación de estos servicios.
- h) Un franquiciante no ético que con ánimo de lucro no pretende establecer una correcta relación de apoyo al franquiciado.

- i) Un franquiciante falto de los recursos financieros y humanos necesarios o simplemente explotador de un negocio carente de la suficiente solidez y fiabilidad.

2.8 Aspectos económicos del contrato de franquicia

La adopción de cualquier decisión respecto a la integración en una red de franquicias mediante la apertura de uno de sus puntos de venta debe siempre partir de un minucioso análisis económico y financiero. El candidato a través de este estudio deberá conocer cuáles son sus posibilidades de ganarse la vida razonablemente bien, al tiempo que obtiene un rendimiento adecuado a su propia inversión. Cabría preguntarse ¿qué renta, sin riesgo alguno obtendría si hubiera colocado este dinero en una cuenta a plazo fijo?

Interesa destacar que el franquiciado debe poseer capital suficiente para iniciar el negocio. Una parte sustancial del capital necesario, la aportará él mismo. La financiación y préstamos se formalizará en bancos, entidades financieras, instituciones de capital-riesgo, etc. El franquiciado deberá recibir por parte del franquiciante una información en detalle sobre los fondos que deberá aquél destinar y el destino de los mismos. En esta previsión se especifican por separado el coste de adquisición del derecho al uso de la franquicia unido a la documentación confidencial y operativa, y por otro lado los cálculos del franquiciante en cuanto a su previsión del capital circulante necesario.

Se trata por tanto de transmitir al potencial franquiciado una proyección lo más realista de los fondos requeridos para la apertura, lanzamiento y desarrollo de una nueva unidad. Por otra parte el concepto de inversión va estrechamente unido al de rentabilidad, y también al concepto de riesgo. El franquiciado está dispuesto a realizar una inversión, para convertirse en un miembro más de la red, con unas condiciones más favorables de riesgo que las que tendría si actuara de forma

autónoma. Todo candidato a franquiciado deberá conocer antes de firmar un contrato, las inversiones totales necesarias para la puesta en marcha de la franquicia seleccionada, una cuenta de explotación que transmita la rentabilidad del negocio basada en casos reales, así como los plazos de amortización.

La inversión que se realiza para la operatividad de la empresa depende de ella, pero puede recibir algún aporte económico de la empresa extranjera en calidad de préstamo. Es por ello que también constituye una modalidad de financiamiento no convencional.

El contrato de franquicia es una modalidad contractual que mueve grandes cantidades de capital y recursos humanos, beneficiando a las partes del contrato y al público en general ya que de este modo se logra el mejor abastecimiento del mercado. Es un contrato que facilita la circulación y distribución de los bienes y servicios, ofreciendo cierta seguridad a la inversión, pues se brinda un producto o servicio, ya introducido al mercado, no sólo a nivel nacional, sino que muchas veces el producto es conocido internacionalmente.

CAPÍTULO III

3. La disminución de empresas guatemaltecas

3.1 Generalidades

Luego de haber transcurrido casi tres años de haber iniciado la vigencia del Tratado de Libre Comercio celebrado y suscrito por los Estados Unidos de América y los países del área centroamericana y República Dominicana, se esperaba un repunte en el comercio nacional, ya que el objeto primordial de un tratado de comercio es fomentar esta actividad para los empresarios beneficiando a los consumidores al colocarse en el mercado productos a más bajo costo y de mejor calidad. Sin embargo, se hizo una verificación a las estadísticas recopiladas por el Registro Mercantil General de la República de Guatemala, con el fin de establecer si efectivamente ese repunte se puede observar en la constitución de empresas y de comerciantes individuales. Esto con el fin de establecer si el tratado comercial en referencia dejó su huella en el incremento de la economía guatemalteca a través del incremento, también de esos datos registrales.

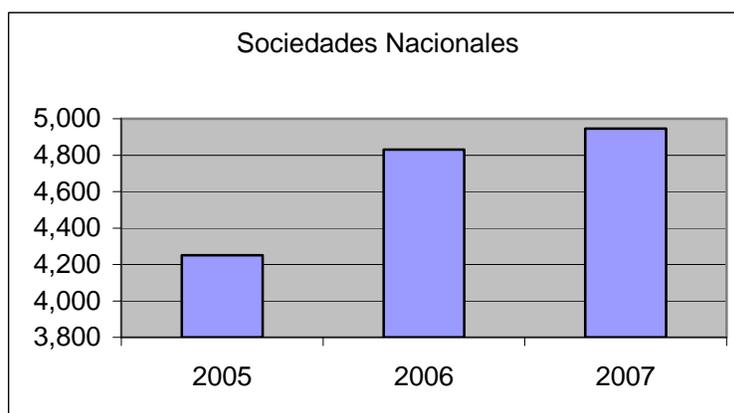
Es de mencionar que se planteó un análisis estadístico de los años 2005, 2006 y 2007 para poder determinar el movimiento anterior y posterior al TLC DR-CAUSA, y las variantes que se presentaron en el Registro Mercantil. Adicional al número de empresas y sociedades que se inscribieron, se plantea un análisis de comerciantes individuales inscritos, ya que ello hace percibir el interés del guatemalteco de ingresar a esa actividad para aprovechar las ventajas arancelarias que proporciona aquel tratado y la posibilidad de haberse planteado alguna estrategia de mercado a través del corporativismo empresarial. Los resultados podrían sugerir la necesidad de encontrar algún tipo de estrategia cuya existencia se percibe en el contrato atípico de franquicia cuyas ventajas son alarmantemente sustanciosas si se contrastan con sus desventajas.

3.2 Presentación y análisis de resultados estadísticos en cuanto al número de empresas que se constituyen

3.2.1 Sociedades nacionales

	2005	2006	2007
Sociedades Nacionales	4,251	4,830	4,945

Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.



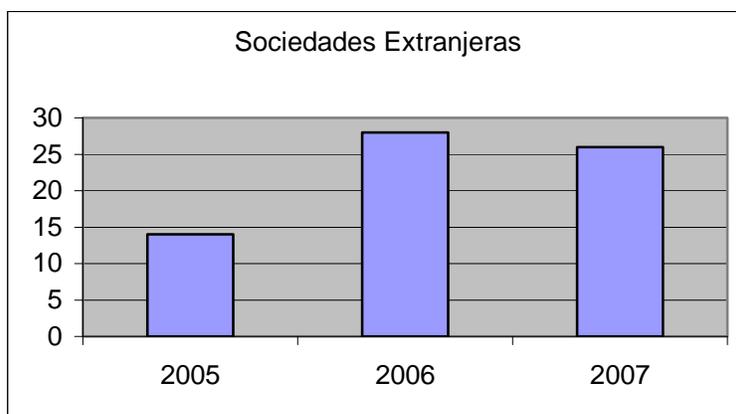
Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.

En cuanto a la constitución de sociedades nacionales, se puede observar un repunte en el año 2006 con relación al anterior (13%), en cuanto que para el año 2007 solamente se observó un incremento del 2%. Esto puede interpretarse en el sentido de que los inversionistas guatemaltecos percibieron cierta esperanza de poder hacer negocios en Guatemala con la llegada del TLC DR-CAUSA, situación que por alguna razón se vio desmotivada para el siguiente año, ya que los números prácticamente se mantuvieron con relación a años anteriores, lo que significa que se necesita de estrategias comerciales a nivel nacional que puedan motivar nuevamente la inversión y se vean incrementadas las sociedades de capital nacional. Es de mencionar que entre los años 2004 y 2005 solamente se incrementaron las sociedades nacionales en un 1.3%, lo cual deja percibir un ambiente inicial de desconfianza ante el eventual TLC DR-CAUSA, la que después de recuperarse levemente volvió a perderse.

3.2.2 Sociedades extranjeras

	2005	2006	2007
Sociedades Extranjeras	14	28	26

Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.



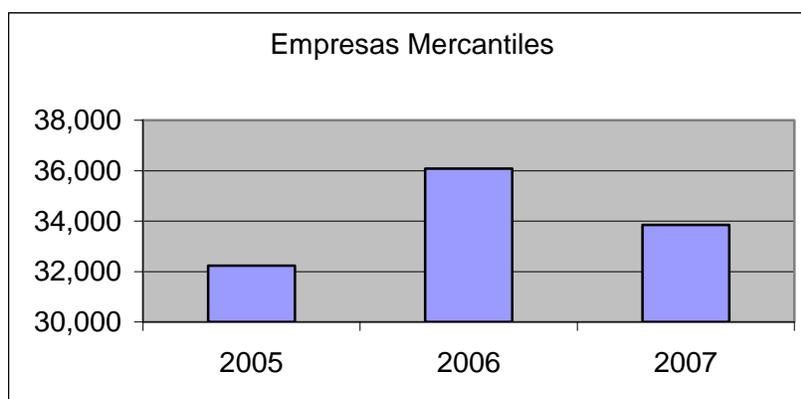
Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.

Aunque en la gráfica anterior se puede observar el mismo fenómeno detectado en las sociedades nacionales, en el presente caso es de resaltar que el repunte de sociedades extranjeras entre los años 2005 y 2006 fue de un 100%, en cuanto que la baja entre los años 2006 y 2007 alcanza apenas un 3.5%, situación que preocupa respecto de los números observados en las sociedades nacionales ya que podemos ver que el capital extranjero se va adentrando en la economía guatemalteca, la cual debe empujar a los inversionistas guatemaltecos a plantearse las estrategias que les permitan permanecer en el mercado, haciendo una competencia digna a las sociedades extranjeras. El repunte del 100% puede percibirse como consecuencia de la vigencia del TLC DR-CAUSA, el cual mantuvo en el año 2007 un nivel adecuado en la constitución de sociedades extranjeras.

3.2.3 Empresas mercantiles

	2005	2006	2007
Empresas Mercantiles	32,232	36,085	33,854

Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.



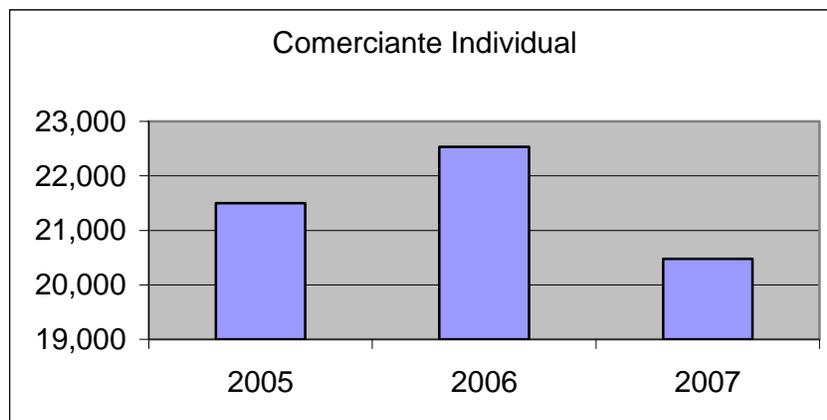
Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.

En el presente caso se vuelve a mostrar el fenómeno TLC DR-CAUSA, ya que el número de empresas mercantiles inscritas entre los años 2005 y 2006 se vio incrementado considerablemente en un 12%, pero entre el año 2006 y 2007 se observó un decremento del 8%, situación que preocupa al pensar nuevamente que la motivación que generó en el empresario guatemalteco aquel tratado comercial se vio disminuida de forma inmediata probablemente ante la incapacidad de competir frente a los inversionistas extranjeros, lo que hace pensar nuevamente, también, en el planteamiento de estrategias que permitan la constitución de más empresas que puedan funcionar de manera corporativa lo que podría lograrse mediante la utilización de las franquicias, lo cual puede funcionar, como ya se dejó plasmado, a nivel nacional, regional o departamental, según las necesidades y posibilidades de los empresarios, es importante recuperar aquella motivación para que el tratado comercial en referencia pueda beneficiar, como se esperaba, a más guatemaltecos a la vez.

3.2.4 Comerciantes individuales

	2005	2006	2007
Comerciante Individual	21,497	22,530	20,479

Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.



Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.

No cabe la menor duda que el año 2007 no fue el mejor para demostrar las bondades del TLC DR-CAUSA para los empresarios guatemaltecos, ya que se puede observar nuevamente que la expectativa generada por la suscripción de este acuerdo comercial generó un incremento en la conformación de personas en comerciantes individuales, pero esa actividad se vio desmotivada al existir una frustración en materia de competitividad ante el empresario extranjero, lo cual hizo que para el año 2007 los números en ese sentido se disminuyeran considerablemente como se muestra en las gráficas.

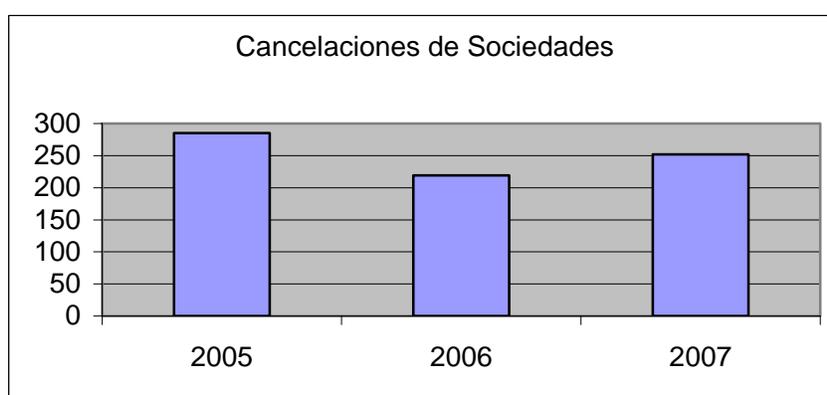
Lo anterior no debe ser una preocupación de Estado sino mas bien de los empresarios, mediante la búsqueda de estrategias que les permita competir debidamente y, mediante la utilización del contrato atípico de franquicia los números anteriores podrían aumentarse nuevamente y con una tendencia a la alza siempre.

3.3 Presentación y análisis de resultados estadísticos en cuanto al número de empresas que dejaron de funcionar

3.3.1 Sociedades nacionales

	2005	2006	2007
Cancelación de Sociedades	285	219	252

Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.



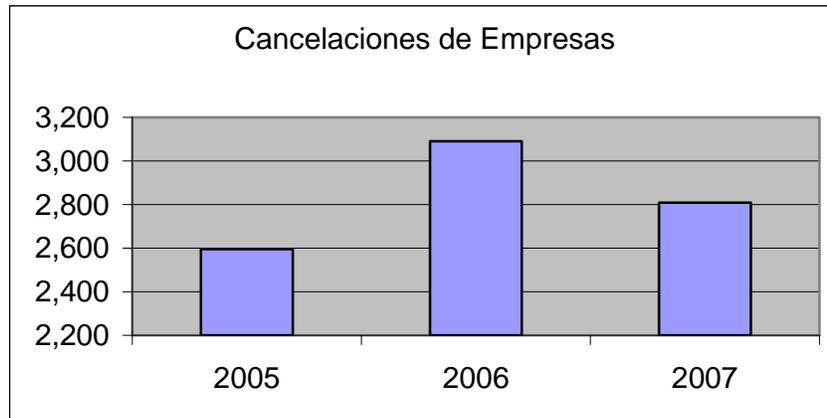
Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.

Contrario a lo que se muestra en los gráficos anteriores, pero demostrando el mismo fenómeno respecto de la desmotivación de los inversionistas nacionales, se puede observar que debido a la expectativa que generó en su momento la eventual vigencia del TLC DR-CAUSA, en el año 2006 se cancelaron menos sociedades respecto de las canceladas en el año 2005, pero en el año 2007 ese número se incrementó; es decir que para el último año, las sociedades nacionales que registraron su cancelación fueron en número superior a las del año 2006. Esta situación es extremadamente preocupante y aún más cuando se observa que no todas las sociedades que dejan de funcionar registran su cancelación en el Registro Mercantil, siendo que sólo un aproximado del 10% lo hacen, lo cual hace pensar en un alto número de cancelaciones efectivas para el año 2007.

3.3.2 Empresas mercantiles

	2005	2006	2007
Cancelación de Empresas	2,595	3,090	2,809

Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.



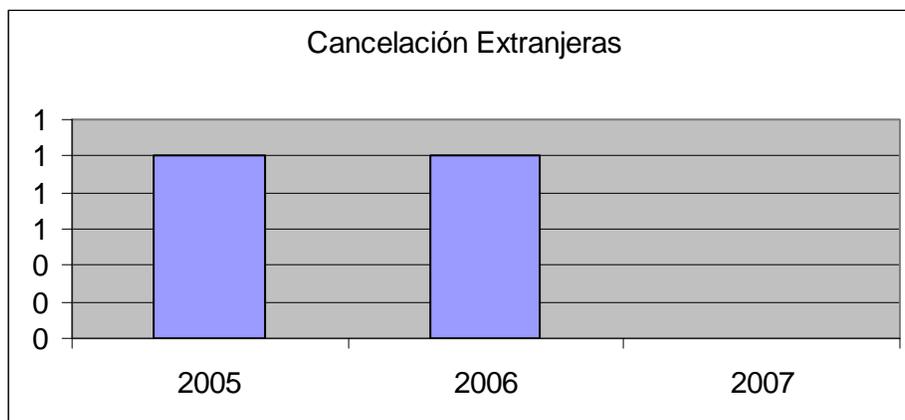
Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.

Aunque los números presentados en el gráfico anterior parecen alentadores, es importante citar que en el caso de las empresas mercantiles canceladas, el número da las mismas que registran su cancelación en el Registro Mercantil es, en porcentaje, menor al de las sociedades. No se puede entonces pensar en que el año 2007 fue bueno para este tipo de instituciones, ya que la cancelación registral de una empresa puede resultar tan oneroso que no se realiza, por tal razón se deja la gráfica, pero aclarando siempre que los datos que presenta el Registro Mercantil no son del todo confiables.

3.3.3 Sociedades extranjeras

	2005	2006	2007
Cancelación Sociedades Extranjeras	1	1	0

Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.



Fuente: Registro Mercantil General de la República de Guatemala, año 2008.

Aunque el gráfico presentado es del todo elocuente, cabe mencionar que las sociedades extranjeras son más consistentes en su funcionamiento, ya que se cancelan en bajo número con la atenuante que todas registran su cancelación en el Registro Mercantil, toda vez que pagan una fianza inicial al momento de su constitución. En el presente caso se puede observar que pese a haber crecido en número durante el período analizado, en los primeros años (2005 y 2006), solamente se canceló una sociedad, y para el año 2007 no se llevó a cabo ningún proceso de este tipo, habiéndose percibido solamente un incremento en las mismas, situación que contrasta con el fenómeno observado en las empresas y sociedades nacionales.

3.4 Principales causas del fenómeno

Aunque nunca se publicitan las causas que provocan el cierre de empresas mercantiles, basta recordar el principal objeto de su constitución para deducirlo, "la ausencia de utilidades" que puede deberse a diversos factores, dentro de los cuales el más fundamental, está constituido por la pérdida de competitividad, situación que se ve reflejada en la impotencia que tiene el empresario de competir en condiciones de igualdad, manteniendo ventajas comparativas que le permitan alcanzar, sostener y mejorar una determinada posición en el entorno comercial o industrial. Recordemos que la ventaja comparativa de una empresa está en su habilidad, recursos, conocimientos y atributos, de los que dispone, los mismos de los que carecen sus competidores o que estos tienen en menor medida que hace posible la obtención de unos rendimientos superiores a los de aquellos; *contrario sensu*, se puede percibir que quien queda en desventaja necesariamente tiene que salir del mercado concretizándose un cierre empresarial.

La competitividad no es producto de una casualidad ni surge espontáneamente; se crea y se logra a través de un largo proceso de aprendizaje y negociación por grupos colectivos representativos que configuran la dinámica de conducta organizativa, como los accionistas, directivos, empleados, acreedores, clientes, por la competencia y el mercado, y por último, el gobierno y la sociedad en general. Una empresa, cualquiera que sea la actividad que realiza, si desea mantener un nivel adecuado de competitividad a largo plazo, debe utilizar antes o después, unos procedimientos de análisis y decisiones formales, encuadrados en el marco del proceso de "planificación estratégica". La función de dicho proceso es sistematizar y coordinar todos los esfuerzos de las unidades que integran la organización encaminados a maximizar la eficiencia global. Para explicar mejor dicha eficiencia, se deben considerar dos niveles de competitividad, la competitividad interna y la competitividad externa. La competitividad interna se refiere a la capacidad de la empresa para lograr el

máximo rendimiento de los recursos disponibles, como personal, capital, materiales, ideas, etc., y los procesos de transformación. Al referirnos a la competitividad interna nos viene la idea de que la empresa ha de competir contra sí misma, con expresión de su continuo esfuerzo de superación. La competitividad externa está orientada a la elaboración de los logros de la organización en el contexto del mercado, o el sector a que pertenece. Como el sistema de referencia o modelo es ajeno a la empresa, ésta debe considerar variables exógenas, como el grado de innovación, el dinamismo de la industria, la estabilidad económica, para estimar su competitividad a largo plazo. La empresa, una vez ha alcanzado un nivel de competitividad externa, deberá disponerse a mantener su competitividad futura, basado en generar nuevas ideas y productos y de buscar nuevas oportunidades de mercado.

Dentro de la estrategia de buscar nuevos mercados de trabajo, la colectividad empresarial no ha caído en la cuenta de las posibilidades que ofrece la comercialización de franquicias a nivel nacional, la cual podría generar al empresario mayor competitividad a través de una expansión territorial de su negocio a bajo costo o sin inversión, por medio de alianzas comerciales que podrían establecerse a nivel nacional, regional o departamental.

CAPÍTULO IV

4. Globalización y TLC-DR-CAUSA

4.1 Generalidades de la globalización

“En las últimas décadas del siglo XX asistimos a un conjunto de transformaciones económicas-sociales y culturales cuya vertiginosidad y complejidad no admite precedente y nuestro país no se encuentra ajeno a ello. Caen rápidamente todo tipo de muros y barreras entre las naciones al mismo tiempo que se amplía la brecha en el nivel de desarrollo humano al que acceden los distintos pueblos. El mundo se ve invadido por formas de producción y consumo, una preocupación por el deterioro incontenible de los recursos naturales, el avance de la pobreza; sin embargo, se hace referencia a un nuevo fenómeno que ha llegado a convertirse en un paradigma para los países en desarrollo. La globalización engloba un proceso de creciente internacionalización del capital financiero, industrial y comercial, nuevas relaciones políticas internacionales y el surgimiento de nuevos procesos productivos, distributivos y de consumo deslocalizados geográficamente, una expansión y uso intensivo de la tecnología sin precedentes.”⁸

“La identidad cultural de los diversos pueblos en la actualidad se va homogeneizando o generalizando según ciertas pautas comunes en marcha hacia una cultura estandarizada. Este proceso es propiciado por los poderes generadores de nuevas necesidades de consumo, que manejan a su vez los medios de comunicación social y la producción ofrecida. Teniendo en cuenta la nueva escena sociocultural que se presenta ante nuestros ojos en este fin de siglo, dentro de la cual desfilan ciertos procesos reveladores del cambio, como ser una creciente pérdida de peso de las instituciones públicas locales y nacionales en beneficio de los

⁸ Gaggini de Rühlemann, Patricia Adriana. **Globalización**. Pág. 3.

conglomerados empresariales de alcance transnacional, la reformulación de los patrones de asentamiento y convivencia urbanos, la reelaboración de lo propio, debido al predominio de los bienes y mensajes procedentes de una economía y una cultura globalizadas sobre los generados en la ciudad y la nación a las cuales se pertenece, la consiguiente redefinición del sentido de pertenencia e identidad de los pueblos y el pasaje del ciudadano como representante de una opinión pública al ciudadano como consumidor interesado en disfrutar de una cierta calidad de vida, cabe cuestionarnos acerca del impacto negativo que éstos provocan sobre diversas realidades culturales de los pueblos, en particular sobre sus respectivas identidades, aceptando como un hecho ineludible la marcha hacia la aldea global, como paradigma de constitución del mundo con miras a la homogeneización del planeta en lo político, lo económico y lo social. Para dar una visión más detallada de lo expuesto anteriormente, y lograr el alcance correcto a los términos utilizados, nos basaremos en ciertas definiciones para poder explicar básicamente lo que entendemos por ellos. La identidad de un pueblo está dada por lo que un sujeto se representa cuando se reconoce o reconoce a otra persona como miembro de ese pueblo. Se trata de una representación intersubjetiva, compartida por una mayoría de los miembros de un pueblo, que constituirían un sí mismo colectivo. La homogeneización es un proceso según el cual dos o más elementos se van configurando según pautas comunes, hasta adquirir la misma naturaleza o género que lo animan y de desvalores que lo debilitan y que al ser participados en común por sus miembros, los reúne en base a una misma conciencia colectiva. En sentido general, el concepto de estándar deriva del que tiene en el lenguaje corriente particularmente en la producción de bienes: un elemento, una pieza que es lo suficientemente extendida, generalizable, común como para constituirse en típica y universal. Los grupos de poder, son una unidad social constituida por un número de individuos que poseen un estatus y unas relaciones mutuas estables, y que tienen un conjunto de valores o normas que regulan su conducta. Estos tienen las relaciones, bienes o elementos (políticas, económicas, sociales, etc.) suficientes para llevar a cabo sus logros e influir sobre el resto de los grupos y la sociedad por todos los medios posibles valiéndose de un hábil manejo de

sus recursos. Ellos crean nuevas necesidades de consumo, que son un impulso irresistible que obliga a obrar a las causas infaliblemente en determinado sentido. Partiendo de esta base intentaremos desarrollar el tema teniendo como objetivo poder dar un panorama concreto sobre ello.”⁹

“La globalización significa el aumento de la vincularidad, la expansión y profundización de las distintas relaciones sociales, económicas y políticas, la creciente interdependencia de todas las sociedades entre sí, promovida por el aumento de los flujos económicos, financieros y comunicacionales y catapultada por la tercera revolución industrial que facilita que los flujos puedan ser realizados en tiempo real. En su dimensión económica la globalización puede ser entendida como una nueva fase de expansión del sistema capitalista que se caracteriza por la apertura de los sistemas económicos nacionales, por el aumento del comercio internacional, la expansión de los mercados financieros, la reorganización espacial de la producción, la búsqueda permanente de ventajas comparativas y de la competitividad que da prioridad a la innovación tecnológica, la aparición de elevadas tasas de desempleo y el descenso del nivel de las remuneraciones. La globalización se ha vuelto casi un lugar común en la justificación de cualquier medida o en la interpretación del cambio que se produce, tanto en la esfera pública como en la privada. Su difusión parece derivar de la propia capacidad de explicar la fuerza operante de un sin número de transformaciones que se producen e impactan en la vida cotidiana con singular dureza.

La globalización aparece como el tema más relevante de las ciencias sociales desde fines de los 90. La frase clave que se repite continuamente hace referencia a "los desafíos que nos plantea la globalización", y a la vez aparece como justificativo de las principales políticas públicas a adoptar por muy antipopulares o dolorosas que

⁹ **Ibid.** Pág. 4.

éstas puedan ser. Por todo ello debemos diversificar nuestra mirada para dar cuenta de las variadas interrelaciones entre lo global y lo local, lo público y lo privado, lo individual y lo comunitario, la ganancia individual y el bien común, el conflicto y la construcción de consensos, los cambios culturales, la pobreza y violencia urbana.”¹⁰

4.2 Guatemala en el contexto de la globalización de la economía

Durante el año 2004, Guatemala al igual que los países Centroamericanos suscribió de manera bilateral un tratado de libre comercio con la economía más grande del mundo, Estados Unidos. Sin lugar a dudas este nuevo escenario abre un abanico de oportunidades y amenazas para la población del istmo centroamericano; esta iniciativa de apertura comercial atiende al modelo de economía de libre mercado, que supone limitar las actividades del Estado a lo esencial, (como la defensa nacional, la promulgación de leyes o el mantenimiento del orden público), y que las actividades de transacciones económicas deben depender exclusivamente de la libre iniciativa de los individuos. En este contexto económico, los individuos toman con libertad decisiones sobre su empleo, la utilización de su capital y el destino de sus recursos; por ejemplo, cómo distribuyen sus ingresos entre ahorro y consumo o cómo distribuyen su consumo entre los distintos bienes disponibles.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que Guatemala se encuentra entre los países menos desarrollados del continente aunado a las múltiples deficiencias y atrasos que nos aquejan, situación que representa sin duda alguna un enorme desafío para nuestro país. El intento de incursionar en un tema tan complejo como la globalización quedaría inconcluso si no tratáramos de extraer algunas reflexiones respecto a las desventajas y limitaciones a superar de parte de Guatemala, teniendo en cuenta su atraso en materia de desarrollo y la problemática política y social, que

¹⁰ **Ibid.** Pág. 12

en este caso actúa como una poderosa fuerza por los diversos factores negativos que nos afectan.

En este sentido es oportuno transcribir lo que dicen Rodrigo Villamizar y Juan Carlos Mondragón en su libro "Zenshin": "la mayoría de los países en vías de transformación, y muy especialmente los de América Latina han pasado por tres grandes etapas del desarrollo económico:

- a. La exportación de materias primas resultado de un contexto semifeudal y oligárquico.
- b. La de sustitución de importaciones basada en un modelo populista nacionalista.
- c. La de liberación y apertura, resultado de una concepción neoliberal pero sin un modelo de desarrollo definido. A esta última etapa corresponden los ajustes estructurales que los países latinoamericanos se han visto obligados a realizar y cuyos frutos favorables fueron de corta duración como lo manifiestan actualmente los países en apariencia más exitosos respecto a la puesta en práctica del modelo neoliberal. Basta citar los casos de México y Argentina.

Los países centroamericanos, que son los más pobres y menos desarrollados del continente, ven también con gran preocupación el progresivo agotamiento del modelo y en el presente confrontan los mismos problemas: déficit comercial con la mayoría de los países o regiones; cuantiosa deuda externa que consume un alto porcentaje de los presupuestos nacionales; déficit fiscal; altos niveles de inflación;

un elevado grado de delincuencia e inestabilidad social; desempleo, altos porcentajes de pobreza extrema; condiciones todas que dificultan los esfuerzos en materia de desarrollo.”¹¹

A ello debemos agregar otras desventajas más específicas como son: el atraso tecnológico, la escasez de recursos humanos técnicamente capacitados; falta de infraestructura física y otras carencias que vuelven precaria nuestra capacidad para desarrollar una economía competitiva como las que requiere el mercado mundial debido a la globalización. Las anteriores circunstancias unidas a la falta de competencia de nuestros gobiernos para formular políticas coherentes y eficaces para superar las múltiples desventajas, definir un modelo viable de desarrollo, teniendo como referente las exigencias de la globalización y los múltiples condicionamientos a que nuestros esfuerzos, en materia de política económica se ven sometidos, es fácil tomar conciencia de que los países, como el nuestro, aún no están listos para enfrentar con éxito los retos de la globalización ni pueden esperar que la solución a sus problemas les venga de fuera. De ahí que es prioritaria la elaboración de una estrategia que permita atraer la cooperación internacional, como está sucediendo en nuestro territorio.

4.3 Algunos antecedentes del TLC-DR-CAUSA

El texto del Tratado de Libre Comercio celebrado en forma conjunta por los países de Centroamérica y República Dominicana con los Estados Unidos de América es el resultado del proceso de negociación entre esos siete países: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, República Dominicana y Los Estados Unidos de América. Las negociaciones iniciaron el día 8 de enero del

¹¹ Villamizar R., Mondragón, J.C. **Zenshin, Lecciones de los países de Asia-Pacífico en tecnología, productividad y competitividad.** Pág. 36.

año dos mil tres, con el lanzamiento oficial, con el cual se fijó su estructura, cronograma y fecha de finalización del proceso. El 17 de diciembre de 2003, después de nueve rondas de negociación, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua concluyeron la negociación con los Estados Unidos, Costa Rica concluyó la negociación en enero de 2004.

A partir de abril del año 2004, Centroamérica y los Estados Unidos procedieron a la revisión legal y de estilo de los textos negociados, para que estos fueran consistentes con los acuerdos alcanzados y los sistemas legales y constitucionales de los países. El proceso de revisión legal finalizó con la suscripción del Tratado por los Ministros de Economía de los seis países el 28 de mayo de 2004 en la sede de la Organización de Estados Americanos -OEA-, en la ciudad de Washington D.C.

La República Dominicana se incorporó al Tratado a través de un proceso de negociación con los Estados Unidos y los países Centroamericanos. El 5 de agosto de 2004 suscribieron los textos finales con la incorporación de la República Dominicana. En el caso de Guatemala, el Tratado fue aprobado por el Congreso de la República el 10 de marzo de 2005. El Tratado crea una zona de libre comercio entre los siete países firmantes y está enmarcado en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio -OMC- y los principios del Derecho Internacional y convive con el proceso de integración Centroamericana.

4.4 Algunos aspectos del TLC-DR-CAUSA que inciden en la economía interna

Para un mejor entendimiento del trabajo, cabe mencionar que éste al igual que cualquier tratado de libre comercio, persigue objetivos generales que explican su

naturaleza y los fines que se pretendieron con la negociación; en este caso es de mencionar que los objetivos generales de este tratado son los siguientes:

1. “Impulsar el desarrollo económico y social de Guatemala a través de la consolidación de la liberalización económica, alcanzada hasta el momento, y promover la continuación de dicho proceso, tendiente al crecimiento económico.
2. Avanzar en la construcción de una economía abierta.
3. Alcanzar una zona de libre comercio entre las partes, brindando nuevas y mayores oportunidades de comercio para la oferta exportable actual y potencial.
4. Crear un marco jurídico estable para promover y desarrollar las inversiones.
5. Mejorar, ampliar y profundizar las condiciones de acceso al mercado estadounidense, derivadas de las preferencias comerciales vigentes.
6. Normar el comercio de bienes y servicios a través de reglas claras, transparentes y estables.
7. Establecer mecanismos que eviten la aplicación de medidas unilaterales y discrecionales que afecten los flujos comerciales.
8. Promover la cooperación entre los países parte mediante la implementación de proyectos específicos en temas prioritarios para el desarrollo.”¹²

¹² Ministerio de Economía de Guatemala. **Síntesis del Tratado de Libre Comercio, República Dominicana, Centroamérica, Estados Unidos.** Pág.11.

4.4.1 Objetivos específicos de la negociación

4.4.1.1 Acceso a mercados

1. “Eliminación de derechos arancelarios y otros derechos y cargas que afectan las exportaciones de los países de Centroamérica, así como consolidar y expandir los beneficios comerciales establecidos en la Iniciativa de la Cuenca del Caribe y el Sistema Generalizado de Preferencias.
2. Establecer mecanismos que permitan un ajuste razonable y gradual al libre comercio, para aquellos bienes sensibles a la competencia externa en los países centroamericanos y que tengan en cuenta las diferencias de tamaño y desarrollo entre las economías de los países centroamericanos.
3. Eliminación de barreras no arancelarias y otras medidas que restrinjan las exportaciones de la Región.
4. Establecimiento de reglas y procedimientos aduaneros que promuevan el funcionamiento eficiente, transparente y ágil de las aduanas de todos los países parte y aseguren mecanismos de cooperación efectivos tendientes a mejorar el funcionamiento de las aduanas de los países de Centroamérica.
5. Establecimiento de reglas de origen y mecanismos que permitan a nuestros exportadores aprovechar de la mejor manera posible las preferencias arancelarias, teniendo en cuenta las sensibilidades de importación existentes en los países centroamericanos y las diferencias de tamaño y desarrollo entre las economías de los países centroamericanos y los Estados Unidos.

6. Buscar la aplicación transparente y efectiva de medidas sanitarias y fitosanitarias, a efectos de asegurar que no se conviertan en medidas restrictivas del comercio entre los países de Centroamérica y los Estados Unidos, teniendo en cuenta las obligaciones de las Partes en el marco de los acuerdos respectivos de la OMC.
7. Establecer mecanismos efectivos de cooperación con los Estados Unidos para lograr la aplicación de los acuerdos sobre Barreras Técnicas al Comercio y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.”¹³

4.4.1.2 Servicios

1. “Incentivar la expansión y el desarrollo de crecientes flujos de comercio de servicios transfronterizos entre los países centroamericanos y Estados Unidos, a través del establecimiento de un marco normativo claro y preciso, que elabore los principios acordados a nivel multilateral, y que sea compatible con las disposiciones constitucionales de los países parte.
2. Promover el desarrollo y diversificación de la oferta de servicios, reconociendo no sólo el valor intrínseco de los mismos, sino su contribución a la competitividad del sector productivo, tomando en cuenta las diferencias de tamaño y desarrollo entre las economías de los países centroamericanos y los Estados Unidos.”¹⁴

¹³ **Ibid.** Págs. 11-12

¹⁴ **Ibid.** Pág. 12.

4.4.1.3 Inversiones

1. “Fomentar el desarrollo de crecientes flujos de inversión hacia los países de la Región a través del establecimiento de un marco normativo que proteja la inversión y promueva un clima de negocios estable y seguro.
2. Normar el establecimiento de mecanismos de solución de diferencias entre inversionistas y el Estado receptor de la inversión, y fortalecer el régimen de derecho a nivel internacional.”¹⁵

4.4.1.4 Comercio electrónico

1. “Promover a través de reglas y principios generales, un entorno favorable para la expansión del comercio electrónico, para facilitar y abrir nuevas oportunidades de comercio y en general, como medio para fomentar el desarrollo, modernización y competitividad a favor del sector productivo.”¹⁶

4.4.1.5 Contratación pública

1. “Establecer un marco de normas y principios generales, que garantice el acceso efectivo y recíproco al mercado de contratación pública a los productos y proveedores de los países que forman parte del Tratado, como medio para promover el intercambio económico.
2. Buscar la aplicación transparente y justa de las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a toda contratación realizada por las

¹⁵ **Ibid.**

¹⁶ **Ibid.**

entidades gubernamentales para la compra de mercancías, servicios y obras públicas.”¹⁷

4.4.1.6 Propiedad intelectual

1. “Buscar el establecimiento de disciplinas que aseguren una adecuada y efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, que tomen en consideración las diferencias de tamaño y desarrollo en las economías de los países centroamericanos y de Estados Unidos.”¹⁸

4.4.1.7 Laboral

1. “Establecer un marco de normas y principios que promuevan la protección y cumplimiento de los derechos de los trabajadores, a través de la observancia y aplicación de la respectiva legislación laboral de cada uno de los países Parte, tomando en consideración las diferencias en tamaño y desarrollo de ellos.
2. Lograr que el marco de normas y principios, adoptados en materia laboral, no constituyan ni permitan la adopción de medidas que afecten el comercio por los países Parte.”¹⁹

¹⁷ **Ibid.**

¹⁸ **Ibid.** Pág. 13.

¹⁹ **Ibid.**

4.4.1.8 Ambiental

1. “Establecer un marco de normas y principios que promuevan la protección del medio ambiente, a través de la aplicación efectiva de la respectiva legislación ambiental de cada uno de los países parte, tomando en consideración las diferencias en tamaño y desarrollo entre los países centroamericanos y los Estados Unidos.
2. Lograr que el marco de normas y principios adoptados en materia ambiental, no constituya ni permita la adopción de medidas que afecten el comercio entre los países Parte.
3. Fomentar la cooperación entre los países parte para el desarrollo de proyectos de mutuo interés en el área ambiental.”²⁰

4.4.1.9 Solución de controversias

1. “Establecer un mecanismo justo, ágil, transparente y eficaz para la solución de controversias que surjan de la aplicación del Tratado entre los países centroamericanos, República Dominicana y los Estados Unidos.
2. Establecer medios que faciliten y fomenten el uso del arbitraje y otros medios alternativos- de solución de diferencias para resolver controversias privadas.”²¹

²⁰ **Ibid.**

²¹ **Ibid.**

4.4.1.10 Defensa comercial

1. “Establecer un mecanismo de protección de la producción doméstica frente al aumento de las importaciones, derivado de las obligaciones contenidas en el tratado, que causan o amenazan causar daño grave y frente a las prácticas de comercio desleal.”²²

²² **Ibid.**

CAPÍTULO V

5. La utilización del contrato de franquicia, ventajas y beneficios para la facilitación del comercio nacional y para la competitividad del empresario guatemalteco

5.1 Generalidades

“En los últimos años, los contratos de franquicia han experimentado un auge importante a nivel internacional. Para 1988 representaron aproximadamente el 34% de todas las ventas al detalle en los Estados Unidos. Desde 1972 hasta 1986, las ventas nominales al detalle a través de establecimientos franquiciados crecieron en 442% en ese país, es decir, a una tasa anual promedio de 11,2%. El número de empresas franquiciantes en Estados Unidos, aumentó de 909 a 2177, lo que representa un incremento anual promedio de 9% y en Argentina, se espera que las ventas a través de establecimientos franquiciados alcancen los \$1000 millones para 1997.

Aunque los autores no han podido conseguir información estadística consolidada que refleje la importancia relativa de las franquicias en Venezuela, cabe destacar los siguientes casos: Mcdonald's Corp., franquiciante líder mundial en el sector de la comida rápida, por ejemplo, anunció públicamente su expansión en el número de locales en ese país hasta alcanzar la cifra de 80 en el año 2000, lo que representa un incremento de más del 100% en menos de 5 años.

En Venezuela, compañías nacionales, como es el caso de la cadena de venta de ropa al por menor "Graffiti"²³, han utilizado los contratos de franquicia ampliamente, contando en la actualidad con 110 locales franquiciados, lo que representa el 85% del total de tiendas que venden ropa bajo el nombre de Graffiti. La

²³ Pintura con aerosol.

Asociación Venezolano-Americana de Franchising (AVAFSA) cuenta en la actualidad con 23 miembros formales, de los cuales 6 (26%) son empresas nacionales.

Un contrato de franquicia puede describirse como un acuerdo entre dos empresas, una denominada "el franquiciante" y otra "el franquiciado". En este acuerdo, el franquiciante se compromete a transferir al franquiciado:

- a) Una serie de derechos de propiedad intelectual como licencias de tecnologías de producción, marcas y signos distintivos del producto en cuestión;
- b) Una serie de conocimientos acerca de estrategias de mercadeo, gerencia y cuestiones más técnicas como sistemas de control de calidad, etc., por lo general estos últimos plasmados en un manual de operaciones; y,
- c) Continua asistencia técnica y asesoría.

El franquiciado, por su parte, se compromete a seguir un esquema de pagos al franquiciante que típicamente consiste en un pago al inicio de la relación contractual, denominada "cuota de franquicia" ("franchise fee"), y una regalía sobre las ventas. Nos estamos refiriendo aquí a lo que es conocido como franquicias "formato de negocios" ("business format franchising"). Sin embargo, organismos como la Federal Trade Commission (FTC) de Estados Unidos, que se encargan de la regulación a nivel nacional de la materia en ese país, clasifica a los acuerdos de franquicia en dos categorías básicas: la que acabamos de definir, utilizada por empresas como Mcdonald's, Blockbuster Video, Holiday Inn, servicios financieros, etc. y "Product and Trade Name Franchising" ("franquicias de producto"), que implica franquiciados que "se concentran en una línea de productos de una compañía y hasta cierto punto identifican su negocio con esta compañía. Ejemplos de ésta última categoría de franquiciados son vendedores de automóviles, embotelladores de refrescos y bombas de gasolina".

Los rasgos que más diferencian a este tipo de contrato de franquicia del anterior quizás sean los referentes al aspecto de que *en este tipo de franquicia el franquiciante puede obtener ingresos provenientes del franquiciado a través de los márgenes resultantes de la venta de materias primas o bienes terminados a este último; no siempre se utilizan regalías sobre las ventas*. La terminología legal estadounidense no se agota en estas dos definiciones, encontrándose variaciones en la definición de franquicia incluso a nivel estatal, según el marco regulatorio de cada estado, manteniendo, sin embargo, la mayoría de las características dadas en las definiciones anteriores.”²⁴

5.2 Ventajas de la franquicia a nivel nacional

De acuerdo con la administración de pequeños negocios a nivel nacional, la franquicia tiene varias ventajas sobre los minoristas independientes. Ellas son:

5.2.1 Reputación

Es un sistema de licencias establecido y bien conocido, el nuevo concesionario no tiene que trabajar para establecer la reputación de la firma. El producto o servicio que se ofrece ya es aceptado por el público.

²⁴ Furth, Alan. **Introducción al estudio sobre franquicias**. Introducción a Franquicias. <http://www.sappiens.com/sappiens/comunidades/franarti.nsf/Introducci%C3%B3n%20al%20estudio%20sobre%20franquicias/DDA9E9844EC840E3C1256CCF0061BD8D!opendocument>, (22 de enero de 2008).

5.2.2 Capital de trabajo

Cuesta menos dinero operar un negocio de concesión, porque el franquiciador le da al concesionario buenos controles de inventario y otros medios para reducir los gastos. Cuando es necesario, el franquiciador puede también dar asistencia financiera para los gastos operativos.

5.2.3 Experiencia

El consejo dado por el franquiciador compensa la inexperiencia del nuevo propietario.

5.2.4 Asistencia gerencial

El propietario de un pequeño almacén independiente tiene que aprender de todo, y un minorista experimentado puede no ser un maestro en todos los aspectos de finanzas, estadísticas, marketing y promoción de ventas. Las mejores compañías de franquicia le dan al concesionario asistencia continua en estas áreas.

5.2.5 Utilidades

Al asumir unos costos razonables de franquicia y convenios sobre suministros, el concesionario usualmente puede esperar un razonable margen de ganancias, porque el negocio se maneja con la eficiencia de una cadena.

5.2.6 Motivación

Debido a que el concesionario y el franquiciador se benefician del éxito de la operación, ambos trabajan adecuadamente para lograrlo.

5.2.7 Ventajas del franquiciante

Para el Franquiciante, la celebración de este contrato enmarca las siguientes ventajas:

- a) Facilita una penetración profunda y acelerada en un mercado que no controla. Es conocido que muchas empresas no tienen las condiciones suficientes para crecer en forma violenta con recursos propios, ya que ello exige fuertes capitales y la necesidad de manejar personal propio.
- b) Tener acceso a una nueva fuente de capitales, sin perder o diluir el control del sistema de marketing.
- c) Evitar los gastos fijos elevados que implican generalmente un sistema de distribución para almacenes propios.
- d) Cooperar con los distribuidores independientes, pero altamente motivados por ser propietarios de sus negocios.
- e) Cooperar con los hombres de negocios locales bien integrados en medio de la ciudad, de la región o del país
- f) Crear una nueva fuente de ingresos basada en el saber hacer técnico comercial que se posee.

- g) Realizar un aumento rápido de las ventas, teniendo el éxito, un efecto bola de nieve.
- h) Beneficiarse de las economías de escala gracias al desarrollo del sistema de franquicia.
- i) Los franquiciadores aportan a sus franquiciados una ayuda inicial y continua; los servicios iniciales comprenden fundamentalmente: un estudio de mercado, un estudio de localización del negocio franquiciado, una asistencia en la negociación de alquiler, una concepción de la decoración interior del punto de venta, la formación de la mano de obra, modelos de gestión contable y financiera. Los servicios continuos comprenden un seguimiento operativo, material de promoción, formación de cuadros y empleados, control de calidad, publicidad a nivel nacional, centralización de compras, informaciones sobre la evolución del mercado, auditorias contables y financieras, seguros aprobados, etc.

5.2.8 Ventajas para el franquiciado

La motivación del franquiciado principalmente es beneficiarse de la experiencia, de la notoriedad y de la garantía, unidas a la imagen de marca del franquiciador. A esta motivación básica se añaden las consideraciones siguientes:

- a) Tener la posibilidad de poner en marcha una empresa con poco capital.
- b) Reducir el riesgo y la incertidumbre, puesto que se trata de un proyecto de éxito probado.

- c) Beneficiarse de un mejor poder de compra ante los proveedores de la cadena franquiciada.
- d) Recibir una formación y una asistencia continua proporcionadas por el franquiciador.
- e) Tener el acceso a los mejores emplazamientos, gracias al renombre y al poder financiero del franquiciador.
- f) Recibir una ayuda a la gestión del marketing y a la gestión financiera y contable de la franquicia.
- g) Tener locales y decoración interior bien concebidos.
- h) Beneficiarse de la investigación y desarrollo constantes de nuevos productos o servicios.
- i) Tener la posibilidad de crear su propio negocio, como independiente, perteneciendo a una gran organización.

5.3 La franquicia como estrategia de expansión

“La planeación estratégica de la franquicia inicia en un documento llamado Plan de Negocios o Proyecto de Crecimiento para la Firma. Todo negocio por pequeño que sea debe considerar la planeación para poder enfrentar las contingencias del entorno y sobrevivir en ellas. Esta actividad marca el inicio estructurado hacia el sistema de franquicias, que durante su ejercicio corregirá deficiencias en la operación así como la detección de oportunidades.

Los aspectos que debe cubrir la planeación estratégica en el desarrollo de franquicias implican ciertos puntos importantes así como costos en tiempo y dinero, entre los más importantes se encuentran: tener una misión, visión y valores bien definidos considerando a clientes, proveedores, socios, empleados y sociedad a que se sirve. Se deberá contar con la historia del negocio ampliamente redactada desde la fundación hasta la actualidad; también tiene que definir el objetivo principal de convertir el negocio en franquicia; posteriormente se hace el análisis sobre el concepto del negocio, el cual representa el sello distintivo del mismo con respecto a otros del mismo giro, seguido de esto, hay que determinar los tipos de franquicias por ofrecer. También será necesario hacer un estudio de su competencia con negocios del mismo giro, esto servirá para obtener una noción más clara sobre la inversión de su negocio con respecto a los del mismo giro y para que en el momento de ofrecer sus franquicias representen una mejor oferta al inversionista.

Como siguiente paso debe establecerse la planeación, el mercado y la ubicación en que se desea operar, es importante determinar también el territorio o territorios por abarcar. Se debe cuidar el aspecto en la política de precios de tal forma que sean competitivos, así como la proveeduría, se recomienda desarrollar una cartera de los mejores abastecedores para la red de franquiciatarios. Siempre se debe tomar en cuenta la asistencia técnica ya que forma parte medular de toda franquicia y debe ser ofrecida antes de operar el negocio, en la apertura y durante los años que dure la relación entre franquiciante y franquiciatario. Para poder analizar el aspecto legal es necesario considerar la circular de oferta de franquicia, documento que se entrega antes de la firma del contrato y en la que se muestra la forma en que se ha desempeñado el negocio a través del tiempo comprendiendo también su situación financiera para que el aspirante a franquiciatario pueda evaluarlo antes de la firma del contrato de franquicia, este documento contiene toda una serie de cláusulas que respaldan los derechos y obligaciones del franquiciante y franquiciatario. Siempre será indispensable no olvidar la existencia de otros contratos como el de confidencialidad y el de uso de software con programas especiales para

la operación del negocio. Una vez desarrollado lo anterior y bien documentado, se entra en ciertos costos, como son: el costo de preparar el sistema y el costo de poner en marcha una unidad. Al sumar estos dos conceptos se determina el costo total para ofertar una franquicia.

La cuota inicial es la que se deriva del desarrollo del sistema, que se compone del costo de toda la infraestructura de la franquicia, tomando en cuenta el elemento humano e inventarios necesarios para iniciar operaciones. Este gasto es el que tendrá que cubrir un aspirante a ser dueño del negocio en juego, para poder obtener el derecho a operar el mismo bajo el esquema de franquicias, además deberá cumplir con otros pagos como son las regalías por el monto de las ventas y un cierto porcentaje extra de la cuota que se destinará a la publicidad, servicios adicionales como: venta de producto terminado, insumos y materias primas, asistencia y soporte adicional, derecho de transferencia, renovación del contrato; los cuales representan ingresos adicionales para el franquiciante.

El plan de expansión de una firma considera el número de unidades que se desean ofertar y la capacidad de respuesta ante todo lo que se ha comprometido en el contrato, así como demostrar que es rentable para el inversionista y que es competitiva ante el resto de los negocios. Es de esta manera como se puede comercializar con los probables prospectos, de acuerdo al perfil previamente determinado en el desarrollo de la franquicia y ofrecer la posibilidad de adaptarse en los distintos mercados desarrollando nuevos productos de acuerdo a la moda o evolución de las exigencias del consumidor.

Haciendo un resumen del plan estratégico de desarrollo de un sistema de franquicia, se tienen los siguientes elementos a considerar en un sistema de franquicias:

La Planeación inicia con el desarrollo de los siguientes puntos:

Diagnóstico de la empresa: donde se está y a dónde se desea llegar. Definición del esquema de la franquicia por territorio, mercado y nivel socioeconómico.

Evolución del mercado: competencia por giro y nivel de inversión. Plan de crecimiento por etapas. Evaluación financiera de la inversión. Dictamen de franquiciabilidad.

Aspectos Legales y administrativos a considerar en este esquema de negocios:

- Registro de marcas;
- Circular de oferta de franquicia;
- Carta de intención de compra de una franquicia en marcha;
- Contrato de franquicia;
- Estrategias de confidencialidad;
- Otros contratos como distribución, proveeduría;
- Manuales necesarios para el funcionamiento de la franquicia;
- Operaciones;
- Procedimientos administrativos;
- Apertura;
- Imagen corporativa;
- Equipamiento e instalaciones;
- Mercadotecnia y publicidad;
- Programas de Asistencia;
- Preapertura y apertura, capacitación inicial y dónde se realizará,
- Comercialización;
- Presentación de la franquicia y folletos que respalden la imagen;
- Circular de Oferta de Franquicia;

- Plan de medios: en revistas especializadas, radio, cine, vídeos, televisión y página electrónica.

El futuro franquiciante debe considerar que hay que incurrir en los siguientes gastos y esto es, sin considerar que no se mencionan los honorarios de un consultor especializado para garantizar el buen desarrollo de un sistema de franquicias.

Costo de estructuración: depende de los objetivos, estrategias, infraestructura y tamaño de acuerdo a la naturaleza y tamaño en el desarrollo de un sistema de franquicia.

Costo de lanzamiento de la franquicia: considera todo gasto en medios, el pago por el espacio ocupado en exposiciones especializadas para este tipo de negocios y todo el material promocional para darse a conocer.

Costo de colocación: considerar que los gastos varían dependiendo del nivel de apoyo y soporte: Asesoramiento y evaluación de locales o foráneos. Diseño del local desde el proyecto hasta los planos conceptuales. Supervisión de la obra. Capacitación: costo del entrenamiento al personal del franquiciatario, debe incluir pagos al instructor, viáticos, materiales didácticos etc. Manuales y soporte inicial: costo de los manuales de operación y de la asesoría, vídeos, maquetas, etc.

El franquiciatario espera que se le oferte una marca registrada y todo el conocimiento técnico que se requiere para operar el negocio así como el tiempo en que se recupera la inversión. Estos aspectos serán vigilados por el dueño de la marca, sin embargo será necesario tomar en cuenta que al adquirir una franquicia

debe considerar que le guste el giro del negocio y sobre todo que hay que trabajar mucho.”²⁵

5.4 Formalidades del contrato de franquicia a nivel nacional

Por lo visto anteriormente, se puede deducir con propiedad que el contrato de franquicia ofrece multiplicidad de opciones por cuanto depende de la gran variedad de negocios que operan bajo este sistema, así como de los diferentes intereses de las partes contratantes. A pesar de que las cláusulas en ellos son variables, son la base legal de la relación entre el franquiciador y el franquiciado, por lo tanto debe cubrir todos los aspectos del negocio, así como las obligaciones, derechos y limitaciones de las partes. En todo caso por ser este un contrato atípico, no se tienen parámetros legales para establecerse sus formalidades, sin embargo, se debe de poner cuidado en abarcar todos los aspectos que en determinado momento pudieran servir de base en su aplicación o bien pudieran provocar algún tipo de conflicto entre las partes. De esa cuenta se puede resumir que las principales cláusulas que debe contener un contrato de franquicia son las que a continuación se detallan:

- a) El contrato debe comenzar por explicar que clase de documento es, su objetivo y las consideraciones especiales que motivan la suscripción del contrato.
- b) Definición de los términos que identifican a las partes como son: la empresa franquiciadora o franquiciador, propietaria del negocio y la empresa franquiciada o franquiciado, la cual desea reproducirlo.

²⁵ Narváez Guzmán, Soledad. **Otros conceptos y herramientas del marketing.** Las franquicias como estrategia de expansión. <http://www.gestiopolis.com/Canales4/mkt/franestrategia.htm>, (22 de enero de 2008).

- c) Exclusión de relación laboral entre las partes y renuncia a indemnizaciones por este concepto: Es muy importante hacer énfasis en la independencia entre ellas, lo cual caracteriza el contrato y permite que se desarrolle de manera diferente a otras formas contractuales.
- d) Descripción del negocio, se establece la propiedad de los nombres, marcas, procesos y demás detalles pertenecientes al mismo. Adicionalmente se deben relacionar los signos distintivos que se licencian.
- e) Territorio: En esta sección se debe especificar la zona geográfica que debe atender la franquicia de manera exclusiva. Se debe evaluar con detenimiento la densidad poblacional, el nivel socioeconómico de sus habitantes, las barreras de entrada para competidores en la zona. Adicionalmente se debe tener en cuenta si el franquiciado puede o no utilizar en la misma zona, otros canales de distribución para sus productos. Es importante delimitar la zona de influencia para la prestación del servicio a domicilio, en su caso.
- f) Capacitación al franquiciado y sus empleados: Se describe en este punto el programa de capacitación, lugar, responsables de los costos del mismo si es obligatoria la asistencia del franquiciado y que pasa si este no asiste, a cuantas personas es dirigido el curso, exámenes para la evaluación del desempeño del franquiciado, entre otros.
- g) Manual de operaciones: Es obligación del franquiciador entregar un manual que guíe las operaciones del franquiciado, en esta cláusula se da la descripción y el objetivo del manual, se establecen las pautas para la reforma del mismo, el cual se entiende como un documento vivo, susceptible de ser cambiado por el franquiciador.

- h) Asistencia técnica: Se define aquí la descripción de la asesoría inicial y continua que prestará el franquiciador al franquiciado, así como la obligación específica del primero respecto a la asesoría y el entrenamiento, quién define la necesidad de la asesoría y los parámetros bajo los cuales se determina ésta, cuál es el proceso y el costo de la asesoría adicional.
- i) Inventario y suministro: Lista de los proveedores de los insumos requeridos, cuál es la obligación específica del franquiciador en cuanto a los proveedores, cuál es el proceso de compra, adquisición o uso de equipos de otro proveedor.
- j) Inspección: El franquiciador tiene la obligación de ejercer vigilancia continua a cada uno de los franquiciados, con el fin de proveer asistencia y proteger la inversión de los demás franquiciados y la integridad del sistema. Se debe establecer cómo y quiénes serán las personas encargadas de realizar las inspecciones, la periodicidad de las mismas y el proceso que se desarrolla en cada una de ellas.
- k) Actualización en productos y procedimientos: Se debe aclarar el compromiso del franquiciador frente al mejoramiento permanente del negocio a través del desarrollo de nuevos productos y procedimientos. Por su parte, se establece la obligación del franquiciado de incluir los nuevos productos, elementos, estrategias de mercadeo o cualquier otro cambio que el franquiciador u otros franquiciados hayan desarrollado, así como el plazo para la implementación de los mismos.
- l) Secretos industriales licenciados y confidencialidad de los mismos: Obliga al franquiciado a guardar los conocimientos y principios adquiridos del franquiciador. Por el incumplimiento de esta obligación el franquiciado puede ser condenado a indemnizar de acuerdo a la responsabilidad contractual.

- m) Cláusulas de no-competencia: Se le impide al franquiciado que se dedique a negocios que compitan directamente con la franquicia durante el término de ésta y después de un período luego de retirarse del sistema. La cláusula debe tener una duración precisa en el tiempo, ser limitada en el espacio y reducirse a un sector o actividad específico.
- n) Cláusulas relacionadas con el respeto a la identidad y reputación de la cadena: El franquiciado debe respetar los métodos comerciales y utilizar los conocimientos transmitidos por el franquiciador. Por ejemplo, se puede incluir una cláusula que especifique la obligación por parte del franquiciado de mantener una imagen uniforme a través de la presentación de los empleados.
- o) Controles de calidad y visitas de inspección. Se establece la obligación del franquiciador para vigilar el desempeño del franquiciado, con el fin de proteger el buen funcionamiento del sistema.
- p) Derechos de entrada, regalías y demás retribuciones a cargo del franquiciado.
- q) Informes financieros y de gestión que deberán rendirse y la regularidad de los mismos: Obligación del franquiciado a llevar cierto tipo de libros contables, por un período determinado de tiempo, presentación de informes y reportes al franquiciador.
- r) Estrategias y campañas publicitarias: Pautas, derechos y obligaciones relacionadas con la creación, operación y terminación del fondo de publicidad.

- s) Vigencia y renovación del contrato: La vigencia inicial del contrato debe guardar relación con la cantidad de la inversión en la licencia, el precio de montaje del negocio y por lo tanto con el período de recobro de dichos costos. Para la renovación del contrato se debe tener en cuenta, si se contempla la renovación automática, previo cumplimiento de ciertos requisitos por parte del franquiciado. El costo de renovación del contrato debe ser menor al costo inicial, debido a que el franquiciador no incurre en gastos de vinculación de un nuevo franquiciado, ni para su capacitación. En caso de que el franquiciador no desee renovar el contrato se debe incluir una cláusula en la cual se defina un período de preaviso; si no existe, en todo caso es necesario que se avise al franquiciado con una anticipación adecuada, de lo contrario se pueden presentar litigios.

- t) Causales de la terminación del contrato y obligaciones que surgen con ocasión de la misma: En el contrato se define el comportamiento del franquiciado, en caso de incumplimiento por parte de éste, perderá el derecho a la franquicia. Se debe establecer el procedimiento para aplicar las sanciones, sea que incurra en la terminación automática del contrato o en la oportunidad de rectificar las faltas.

- u) Cesión del interés: Establecer los derechos y limitaciones que tiene el franquiciador de ceder el contrato a terceros, es decir, su libertad de vender la empresa franquiciadora.

- v) Establecer las obligaciones y limitaciones frente a la cesión del contrato por parte del franquiciado: Dado que el franquiciador debe reservarse en todo momento la facultad de elegir a sus franquiciados, éstos no pueden ceder los derechos y obligaciones derivados del contrato de franquicias, sin su debida autorización. Se deben aclarar el manejo y procedimientos en caso de cambios en la propiedad de la empresa franquiciada, el proceso de

aprobación de la cesión, cuál es la participación del franquiciador en las utilidades de la cesión del interés y las obligaciones que adquiere el cesionario. Se debe establecer si el franquiciador tiene el derecho de preferencia en primer lugar para la adquisición del contrato de franquicia, cuál es el término de la vigencia de este derecho y bajo qué condiciones puede ejercerlo.

- w) En caso de fallecimiento del franquiciado se deben establecer las condiciones, derechos, obligaciones y limitaciones originadas de este hecho.
- x) Se debe estipular algunas obligaciones del franquiciado luego de terminado el contrato, como: pago de deudas, obligaciones adquiridas con el franquiciador, procedimientos relacionados con el uso de signos distintivos, transferencia de líneas telefónicas, del servicio a domicilio, de manejo de inventarios, de documentación del negocio, entre otros.
- y) Se debe esclarecer la limitación del franquiciado para hacer referencia en su establecimiento de comercio a la marca objeto del contrato de franquicia.
- z) Si el contrato se interrumpe bruscamente por cualquiera de las partes sin ningún aviso, hay lugar a reclamar una indemnización por parte del contratante lesionado, en casos como: la no-renovación del contrato en el último momento cuando se había expresado la intención de continuar con el mismo, la modificación de algunas cláusulas importantes dentro del contrato. También ocurre cuando se le da una interpretación dudosa a las cláusulas del contrato, o cuando no se promueven los productos debidamente por parte del franquiciador. Lo anterior puede mostrar la intención del franquiciador de cambiar al franquiciado por otro y provocar una ruptura del contrato por causas ficticias.

aa) Reformas al contrato. Bajo qué circunstancias y de qué manera pueden realizarse las modificaciones al contrato de franquicia.

5.5 Ventajas económicas para las partes

5.5.1 Ventajas del franquiciante:

a) Bajos costos y riesgos de desarrollo, porque el costo y el riesgo son asumidos por el franquiciado.

b) Genera una presencia global a bajo costo.

c) Aduñarse rápidamente del mercado.

d) Valorizar y capitalizar la marca.

e) El manejo o dominio de la distribución.

f) Hacer economías de escala.

g) Preparar operaciones financieras.

h) Obtener la fidelidad del consumidor.

i) Actuar en materia de innovación.

5.5.2 Ventajas del franquiciado

- a) Garantía de independencia, el franquiciado seguirá siempre como patrón de sí mismo, así sea el quién labore en su propio establecimiento de comercio.
- b) La adquisición de conocimientos (know how).
- c) Reduce el riesgo de iniciar una actividad empresarial.
- d) Obtiene mejores precios de compra en razón del volumen total de suministros de la franquicia.
- e) El beneficiarse de un nombre conocido.
- f) Capacitación inicial y permanente, porque este es un contrato evolutivo: los productos, el servicio, el know how son objeto de un constante mejoramiento con el único fin de hacer progresar.
- g) La experiencia del centro piloto.
- h) El sostenimiento logístico de la central.
- i) La publicidad.

5.5.3 Desventajas para el franquiciador

- a) Posibilidad de indisciplina del franquiciado, con sus consecuencias funestas para la cadena.

- b) Posibilidad de elegir franquiciados no idóneos para el manejo y crecimiento de la cadena, y su detección tardía.
- c) Peligro del desprestigio de la marca.
- d) Utilidad menor para el franquiciador, en comparación con la obtenida por medio de una cadena propia.
- e) Posibilidad de fraude en los reportes de cánones y regalías.
- f) Falta de control, sobre la calidad.
- g) Inhabilidad para comprometerse en una coordinación estratégica global.

5.5.4 Desventajas para el franquiciado

- a) Debe pagar montos iniciales periódicos al franquiciador.
- b) No es propietario del nombre y marca comercial.
- c) Las decisiones acerca de las políticas a seguir las toma el franquiciador.
- d) Tiene restringidos los derechos a disponer de su propio negocio.
- e) Está ligado a la suerte del franquiciador y de todos y cada uno de los demás franquiciados.

CONCLUSIONES

1. Por la característica de poco formalista que están investidas las relaciones comerciales, es común la utilización de contratos que no tienen un asidero jurídico dentro de la legislación guatemalteca. Dentro de dichos contratos se encuentra lógicamente el de franquicia, que sigue considerándose atípico dentro del medio guatemalteco.
2. La utilización del contrato de franquicia para la expansión mundial de productos, es una garantía de su funcionamiento, especialmente si se utiliza a nivel nacional empleando las más modernas estrategias para la expansión comercial de los productos.
3. El tipo de contrato de franquicia a utilizar en cada negocio es distinta, por lo que deben analizarse los aspectos económicos, financieros, sociales y comerciales del negocio, a fin de que las partes se encuentren con el menor número de problemas posibles ante la ejecución del negocio jurídico concretado por medio de este contrato atípico.
- 4.- Las empresas guatemaltecas se han visto disminuidas en número, como en la cantidad que se constituye anualmente, lo cual se debe a la falta de competitividad y a las pocas posibilidades que el mercado ofrece, especialmente cuando carecen de técnicas adecuadas de expansión.
- 5.- La utilización del contrato de franquicia para la expansión de los productos guatemaltecos en el mercado nacional, es una posibilidad que no ha sido explotada por el comerciante guatemalteco.

RECOMENDACIONES

- 1.- A todos los guatemaltecos con posibilidades de inversión de capital, se recomienda considerar la utilización del contrato atípico de franquicia, toda vez que ello garantiza el éxito de la empresa, permite la recuperación inmediata del capital a través de asegurarse la aceptación por parte de un potencial mercado de consumo, como es el mercado guatemalteco.
- 2.- Los empresarios guatemaltecos deben generar políticas de expansión nacional que les permita aumentar su competitividad en el mercado interno, situación que puede realizarse de una forma exitosa y sin menoscabar el capital invertido, por medio del franquiciamiento de sus marcas y productos, cuya aceptación es un incentivo para que las franquicias sean compradas por inversionistas nacionales.
- 3.- Es necesario que las autoridades oficiales respectivas, especialmente el Ministerio de Economía, genere programas y proyectos de difusión de las formas de franquiciamiento existentes, las cuales permiten la expansión de los productos guatemaltecos al mercado de todo el territorio nacional; situación que permitiría a ese órgano contribuir a incentivar la inversión de capital.
- 4.- Es necesario que los docentes que imparten el curso de Derecho Mercantil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, amplíen y desarrollen los cursos de Derecho Mercantil, especialmente en lo referente a las formas de contratación mercantil, por ejemplo el contrato de franquicia ya que estos estudiantes en el futuro serán los asesores y abogados de los empresarios guatemaltecos.

ANEXO

ANEXO A

MODELO DE CONTRATO DE FRANQUICIA A NIVEL NACIONAL

Número ciento veintiséis (126). En la ciudad de Guatemala, el día uno de febrero de dos mil siete, ante la infrascrita Notaria **ZONIA BALCARCEL SOZA**, comparecen las siguientes personas: **MANUEL ALEJANDRO SOLIS PINTO**, quien dice ser de veintinueve años de edad, soltero, comerciante, guatemalteco, de este domicilio, se identifica con la cédula de vecindad número de orden A - uno y de registro un millón doscientos catorce mil veintiocho, extendida por el Alcalde Municipal de Guatemala, departamento de Guatemala, quien comparece en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la entidad denominada **LIBRERÍA LAS LUCES DEL ENCINAL, SOCIEDAD ANÓNIMA**, calidad que acredita con el acta notarial de su nombramiento autorizada en esta ciudad el día ocho de noviembre de dos mil seis por el Notario Raúl Antonio de la Cueva Vásquez, misma que se encuentra debidamente inscrita en el Registro Mercantil General de la República de Guatemala bajo el número doscientos catorce mil ochocientos doce, folio número ciento veintiuno, del libro número ciento cuarenta y siete de auxiliares de Comercio, a quien en lo sucesivo del presente instrumento se le denominará simplemente "**LA FRANQUICIADORA**"; y, **SAUL ANTONIO SOLORZANO SALGUERO**, quien dice ser de cuarenta y dos años de edad, casado, comerciante, guatemalteco, domiciliado en el departamento de Escuintla, se identifica con la cédula de vecindad número de orden E - cinco y de registro cuarenta y dos mil catorce, extendida por el Alcalde Municipal de Santa Lucía Cotzumalguapa, departamento de Escuintla, a quien en lo sucesivo del presente documento se le denominara simplemente "**EL FRANQUICIADO**"; yo, la notaria hago constar que la representación que se ejercita es suficiente para la celebración del presente contrato, y de que las partes me aseguran ser de los datos de identificación personal arriba anotados, de hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por el presente acto celebran **CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL**, contenido en las siguientes cláusulas:

PRIMERA: Por el presente contrato **LA FRANQUICIADORA** se obliga a permitir al franquiciado el uso de sus signos distintivos, consistentes en: _____, para su actividad comercial (especificar).

SEGUNDA: EL FRANQUICIADO, se obliga al pago de la cantidad de veinte mil quetzales iniciales, que abona el día de hoy, y al pago mensual de un porcentaje del ocho por ciento de los ingresos obtenidos cada mes, en los cinco primeros días del mes siguiente. **TERCERA: EL FRANQUICIADO** se obliga por el presente contrato a la aplicación de los sistemas de comercialización de **EL FRANQUICIADOR** conforme a las siguientes instrucciones _____ (en esta parte se anotan las condiciones en que se va a otorgar la franquicia, incluyendo lo relativo al uso de publicidad, capacitación, etc.).

CUARTA: LA FRANQUICIADORA se obliga a prestar al **FRANQUICIADO** la asistencia técnica necesaria para que utilice su sistema de comercialización, consistente en _____ (en esta parte se anotan los sistemas de comercialización que utiliza la franquiciadora cuyo uso es obligatorio para el franquiciado siempre y cuando se le presente la asistencia necesaria).

QUINTA: EL FRANQUICIADO se obliga a mantener un stock de productos adecuado para el perfecto desempeño de su actividad comercial, así como los medios necesarios para ello. **SEXTA: LA FRANQUICIADORA** suministrará mensualmente, en los cinco primeros días de cada mes, los productos siguientes al **FRANQUICIADOR** _____ (se hace la descripción de los productos a distribuir, con indicación de cantidades, marcas y calidad de los mismos).

SEPTIMA: EL FRANQUICIADO se obliga a observar las instrucciones del franquiciador conforme a la cláusula tercera del presente contrato. **OCTAVA: LA FRANQUICIADORA** se reserva el derecho de supervisar y controlar la actividad del franquiciado en su actividad comercial para cuidar de que se mantenga el nivel de calidad habido hasta el día de hoy.

NOVENA: EL FRANQUICIADO se obliga a informar a la franquiciadora sobre la marcha de su actividad mensual con la periodicidad que la empresa estime conveniente. **DÉCIMA:** Para resolver cualquier cuestión derivada del presente contrato las partes se someten expresamente a los Tribunales de que elija el afectado renunciando ambos al fuero de su domicilio. Yo, la

Notaria DOY FE: a) De que todo lo escrito me fue expuesto: b) De que tuve a la vista los documentos de identificación de los comparecientes así como el título con que se acredita la representación que se ejercita; d) Que tuve a la vista los títulos con que se acredita la propiedad de las marcas de los productos que son objeto del presente contrato de franquicia; y, e) De que leo íntegramente lo escrito a los comparecientes quienes bien enterados de su contenido, objeto, valor y demás efectos legales lo ratifican, aceptan y firman.

BIBLIOGRAFÍA

ALONZO, Mariano. **La franquicia de la A a la Z.** Barcelona, España: Ed. LID. 2003.

BARBADILLO, Santiago. **La franquicia paso a paso.** Madrid, España: Ed. Barbadillo. 1999.

BARRERA GRAF, Jorge. **Derecho mercantil.** Impreso por Universidad Autónoma de México. México, D.F. 1991

BARRERA GRAF, Jorge. **El derecho mercantil en américa latina.** Impreso por Universidad Autónoma de México. México, D.F. 1963.

BENITO, Lorenzo. **Derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. REUS, 1924.

BOLAFIO, León. **Derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. REUS, 1965.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.

CODERA MARTIN, José María. **Diccionario de derecho mercantil.** Madrid, España: Ediciones Pirámide, S.A. 1982.

FURTH, Alan. **Introducción al estudio sobre franquicias.** Introducción a Franquicias.<http://www.sappiens.com/sappiens/comunidades/franarti.nsf/Introducci%C3%B3n%20al%20estudio%20sobre%20franquicias/DDA9E9844EC840E3C1256CCF0061BD8D!opendocument>, (22 de enero de 2008).

GAGGINI de Rulemán, Adriana. **Globalización.**

<http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco/glblzcn.htm>, (25 de septiembre de 2008).

LARA VELADO, Roberto. **Introducción al estudio del derecho mercantil.** El Salvador, C.A.: Ed. Universitaria, 1969.

NARVÁEZ GUZMÁN, Soledad. **Otros conceptos y herramientas del marketing.** Las franquicias como estrategia de expansión. <http://www.gestiopolis.com/Canales4/mkt/franestrategia.htm>, (22 de enero de 2008).

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981

PUCHOL, Luís. **El libro emprendedor.** Barcelona, España: Ed. Diaz de Santos. s/f.

ROCCO, Alfredo. **Principios de derecho mercantil.** México, D.F.: Ed. Nacional, 1955.

SPINELLI, Stephen y Sue Birley y Robert Rosenberg. **Franquiciar.** España: Ed. Financial Times Prenticehall, 2003.

VARIOS AUTORES. **Diccionario de derecho privado.** Barcelona, España: Ed. Labor. 1961.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala, C.A.: Ed. Serviprensa Americana, 1978.

VILLAMIZAR, R., Mondragón J.C. **Zenshin: Lecciones de los países de Asia-Pacífico en tecnología, productividad y competitividad.** Ed. Norma, Argentina, 1995.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco,** Tomo I.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente de 1986.

Código Civil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley 107, 1963.

Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, 1970.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.