

**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, surrounded by a blue and green background. The shield is set against a light blue sky with a sun and clouds. The entire seal is enclosed in a circular border with text in Spanish.

**LA FRANQUICIA COMERCIAL COMO UNA ALTERNATIVA PARA LAS
SOCIEDADES MERCANTILES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO QUE DESEAN
OPERAR EN GUATEMALA**

BYRON GEOVANNY OCHOA SUTUJ

GUATEMALA, AGOSTO DE 2011

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

**LA FRANQUICIA COMERCIAL COMO UNA ALTERNATIVA PARA LAS
SOCIEDADES MERCANTILES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO QUE DESEAN
OPERAR EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BYRON GEOVANNY OCHOA SUTUJ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Héctor Leonel Mazariegos González
Vocal:	Licda. Gloria Leticia Pérez Puerto
Secretario:	Lic. Dixon Díaz Mendoza

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Luis Emilio Orozco Piloña
Vocal:	Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Secretario:	Lic. Luis Efraín Guzmán Morales

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

Lic. César Augusto Pérez Lorenzo
ABOGADO Y NOTARIO
1ª. Calle 3-88 zona 4 Chimaltenango
Teléfono: 41507276



Guatemala, 3 de mayo de 2010.-

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Rolando Segura Grajeda
Su Despacho



Estimado Licenciado Segura Grajeda:

De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Asesor de Tesis del estudiante Byron Geovanny Ochoa Sutuj, titulada **“LA FRANQUICIA COMERCIAL COMO UNA ALTERNATIVA PARA LAS SOCIEDADES MERCANTILES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO QUE DESEAN OPERAR EN GUATEMALA”**, la cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, por lo que manifiesto el dictamen siguiente:

1.- He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias para una mejor comprensión del tema que se desarrolla.

2.- En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico – social de actualidad, para que el Ministerio de Economía adopte técnicas o estrategias para estimular la inversión económica y crear mecanismos para que las sociedades extranjeras decidan expandir su marca y demás signos distintivos, dentro del territorio nacional; la recolección de información realizada por el estudiante Byron Geovanny Ochoa Sutuj, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.



3.- La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

4.- Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante, en medida de espacio, conocimiento e investigación, cumpliendo así con los requisitos establecidos en forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por lo anterior emito DICTAMEN FAVORABLE, a la investigación realizada por el estudiante Byron Geovanny Ochoa Sutuj, la cual cumple con la metodología y técnicas de investigación, así como una redacción adecuada, siendo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía acordes al tema relativo a la importancia de la franquicia comercial como una alternativa para las sociedades mercantiles constituidas en el extranjero que desean operar en Guatemala.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Asesor, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima. Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.-

Lic. César Augusto Pérez Lorenzo
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Colegiado Activo 3967

Lic. César Augusto Pérez Lorenzo
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

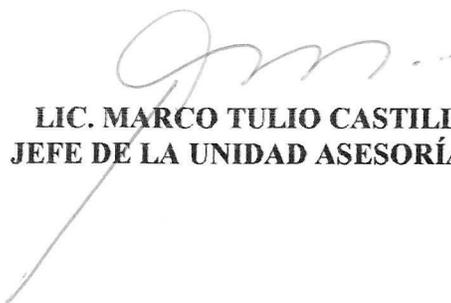
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de mayo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante BYRON GEOVANNY OCHOA SUTUJ, Intitulado: "LA FRANQUICIA COMERCIAL COMO UNA ALTERNATIVA PARA LAS SOCIEDADES MERCANTILES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO QUE DESEAN OPERAR EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. Avenida 10-68 zona 1 Of.302 piso 3
Edif. Helvetia, Guatemala, C.A.
TEL.22324664



Guatemala, 05 de julio de 2010.-

Señor
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Su Despacho.



Estimado Licenciado Castillo Lutín:

De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Revisor de Tesis del estudiante BYRON GEOVANNY OCHOA SUTUJ, intitulado "LA FRANQUICIA COMERCIAL COMO UNA ALTERNATIVA PARA LAS SOCIEDADES MERCANTILES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO QUE DESEAN OPERAR EN GUATEMALA", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y emito el dictamen siguiente:

I. He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias para una mejor comprensión del tema que se desarrolla.

II. En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico – social de actualidad, para que el Ministerio de Economía adopte técnicas o estrategias para estimular la inversión económica y crear mecanismos para que las sociedades extranjeras decidan expandir su marca y demás signos distintivos, dentro del territorio nacional; la recolección de información realizada por el estudiante Byron Geovanny Ochoa Sutuj, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

III. La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. Avenida 10-58 zona 1 Of.302 piso 3
Edif. Helvetia, Guatemala, C.A.
TEL.22324664



IV. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante, en medida de espacio, conocimiento e investigación, cumpliendo así con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, de lo anterior emito DICTAMEN FAVORABLE, a la investigación realizada por el estudiante Byron Geovanny Ochoa Sutuj, la cual cumple con la metodología y técnicas de investigación, así como una redacción adecuada, siendo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía acordes al tema relativo a la importancia de la franquicia comercial como una alternativa para las sociedades mercantiles constituidas en el extranjero que desean operar en Guatemala.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Revisor, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima. Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.-

F) 
LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
COL. 2661

Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciocho de marzo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante BYRON GEOVANNY OCHOA SUTUJ, Titulado LA FRANQUICIA COMERCIAL COMO UNA ALTERNATIVA PARA LAS SOCIEDADES MERCANTILES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO QUE DESEAN OPERAR EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

effl

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



1304

DEDICATORIA

A DIOS:

El ser a quien le debo todo, quien me dio fe, fortaleza, salud y esperanza para terminar este trabajo, a ti Dios que me diste la oportunidad de vivir, estudiar y darme una familia maravillosa.

A MIS PADRES:

Con mucho cariño principalmente, porque están en todo momento junto a mi, gracias por todo papá y mamá por creer en mi, aunque hemos pasado momentos difíciles siempre han estado apoyándome y brindándome todo su amor y si bien es cierto yo realice un esfuerzo, este esfuerzo es de ustedes también, por todo esto les agradezco de todo corazón el que estén conmigo a mi lado.

A MI HERMANA:

Quien siempre sirve de inspiración y aliento en esos momentos difíciles de la vida, y que hoy digo que el camino de la vida es difícil, pero solo con esfuerzo y dedicación se puede lograr lo que uno se propone.

A MI UNIVERSIDAD:

Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales dadora de mis conocimientos.

A:

Todos en general, abuelos, tíos, primos, amigos, profesionales del derecho, no me puedo ir sin antes decirles, que sin ustedes a mi lado no lo hubiera logrado, tantas desveladas, efectos climáticos, enfermedades y peligros sirvieron de algo y aquí esta el fruto, les agradezco a todos ustedes con toda mi alma el haber llegado a mi vida y el compartir momentos agradables y momentos tristes, pero esos momentos son los que nos hacen crecer y valorar a las personas que nos rodean, con todo respeto os digo que los quiero mucho, los llevaré en mi corazón y nunca los olvidaré.

ÍNDICE

Introducción.....	Pág. i
-------------------	-----------

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil y la contratación atípica.	1
1.1 Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco.....	4
1.2 Características, principios y fuentes del derecho mercantil.....	5
1.3 La contratación atípica.....	14

CAPÍTULO II

2. La sociedad mercantil nacional y las sociedades extranjeras.....	19
2.1 La personalidad jurídica, denominación y domicilio de las sociedades.....	25
2.2 Las sociedades constituidas en el extranjero.....	30
2.3 Requisitos, procedimiento y trámite para sociedades extranjeras.....	32

CAPÍTULO III

3. La caracterización de la operatividad franquiciaria en Guatemala.....	37
3.1 Origen, evolución y características de la franquicia.....	41
3.2 Diferencias de la franquicia respecto de otras categorías contractuales.....	44
3.3 La franquicia comercial dentro de la tradicional clasificación de los contratos....	48
3.4 Efectos del contrato de franquicia	53
3.5 Cláusulas de exclusividad en el contrato de franquicia comercial.....	60

CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Situación jurídico-económica actual de la franquicia en Guatemala..	67
4.1 Las franquicias alternativas para las sociedades extranjeras.....	71
4.2 Situación de las medianas, pequeñas y grandes empresas.....	74
4.3 Ventajas que ofrece operar por franquicias.....	75
4.4 Resolución de controversias.....	89
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge a raíz de que el sustentante de la tesis, en el año 2008 mientras realizaba estudios de derecho mercantil, se tuvo una primera experiencia relacionado con el tema de las franquicias, en ese momento se había comprobado que el 95 por ciento de las empresas que operan en el país tienen una relación directa con marcas extranjeras, por lo que solo el cinco por ciento lo hacen a través de marcas nacionales.

A partir de ese estudio surgieron las preguntas que sirvieron de sustento para la hipótesis que finalmente se formuló, es decir, ¿cómo opera el sistema de franquicias en Guatemala?, ¿Qué ventajas tendría el país porque las sociedades mercantiles extranjeras operen por franquicias?, y ¿Cuáles son las normas jurídicas que norman la operatividad del sistema de franquicias en Guatemala? Por lo tanto, la presente investigación va dirigida a verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de las sociedades mercantiles extranjeras en el país.

En ese contexto, el contenido capitular que se presenta fue dividido en cuatro capítulos: el primero se refiere al derecho mercantil y la contratación atípica, que en este caso es la base del ordenamiento jurídico comercial; el segundo, se refiere a la diferencia entre la sociedad mercantil nacional y las sociedades mercantiles extranjeras que operan en Guatemala; el tercero, se refiere a la caracterización de la operatividad franquiciaria en Guatemala; y finalmente, el cuarto analiza la situación jurídica-económica actual de la franquicia en Guatemala.

En el presente trabajo se utilizó el método analítico para analizar a través de los datos estadísticos del Registro Mercantil cuantas sociedades mercantiles extranjeras se inscribieron de enero de 2008 a diciembre de 2009; el sintético se utilizó para estudiar por separado que requisitos deben cumplir las sociedades mercantiles extranjeras; así cómo, los factores que determinan por qué operan a través de franquicias, como técnicas de investigación y sustentando la importancia que ha tenido la contratación atípica en Guatemala se procedió por medio de técnicas bibliograficas y de entrevista a profesionales del derecho a comprobar la hipótesis planteada.

Finalmente, con el resultado de la presente investigación se sustentan las bases jurídicas y doctrinarias que establecen como la franquicia se ha convertido en los últimos años en la alternativa que están utilizando las sociedades mercantiles extranjeras para iniciar operaciones en Guatemala sin cumplir con el trámite legal y administrativo ante el Registro Mercantil. Asimismo, determinar como puede la franquicia ayudar a resolver los principales problemas socioeconómicos de toda sociedad y el uso de recursos económicos, humanos, mercados y oportunidades para beneficio del país.

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil y la contratación atípica

Para entender el desarrollo, uso o aplicación de las franquicias se deben analizar algunos puntos interesantes del derecho mercantil, entre los cuales están el concepto, sus aspectos históricos, características, principios y fuentes que inspiran a esta rama del derecho, para llegar así a lo que es una contratación atípica, que es de donde parte el franquiciante o sociedad mercantil extranjera y el franquiciatario o empresario nacional en su relación comercial.

El concepto de derecho mercantil se entiende según el Código de Comercio Artículo 1 que: “los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicaran e interpretaran de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil”.

Por lo tanto, para la legislación el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes (personas), las cosas mercantiles (bienes) y la negociación jurídica mercantil (obligaciones y contratos), su estudio comprende también a los principios que inspiran la creación e interpretación y orienta la aplicación del derecho mercantil, y las doctrinas que lo explican científicamente, esto último sobre todo en la contratación atípica, a continuación se debe analizar algunos conceptos que proporcionan determinados

profesionales del derecho.

El concepto del derecho mercantil no tiene uniformidad en la doctrina, porque para elaborarlo se han tomado en cuenta diferentes elementos que se encuentran en las relaciones del comercio y que caracterizan la forma en que se desarrollan. Según René Arturo Villegas Lara, en su obra *Derecho mercantil guatemalteco*, esta rama del derecho comprende: “El sujeto comerciante, los actos objetivos de comercio, la organización empresarial, la cantidad de negocios jurídicos mercantiles que se dan en el tiempo y en el espacio, han servido de base para presentar diferentes conceptos de este derecho”.¹

El derecho mercantil es una rama del derecho privado que tiene por objeto regular las relaciones entre los comerciantes y entre aquellas personas que sin ser comerciantes ejecutan actos de comercio. Según Rafael Zea Ruano en su obra *Lecciones del derecho mercantil*, esta rama del derecho regula también: “los actos de comercio pertenecientes a la explotación de las industrias mercantiles organizadas y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes, que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social, los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones así como las eventuales instituciones que surjan del derecho mercantil por la constante evolución a la que está inmersa.”²

¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 16.

² Zea Ruano, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**. Pág. 32.

Para este autor, la definición abarca la contratación mercantil moderna al manifestar que, el derecho mercantil regula las instituciones mercantiles que vayan surgiendo eventualmente, ello por la constante evolución del derecho mercantil, así como también por la necesidad de ir regulando los actos de comercio en el que se ven inmersos los comerciantes. En este punto se debe señalar que la contratación mercantil atípica, es una de esas instituciones que van un paso adelante del ordenamiento jurídico.

El derecho mercantil abarca a los sujetos que en el intervienen y muy específicamente en el comercio terrestre, marítimo y aéreo, así lo define Mario Adolfo Méndez en su obra *Los actos de comercio en el derecho mercantil*: "el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión, es decir, aquel que regula especialmente las relaciones que atañen a las personas, los lugares, los contratos y los actos del comercio terrestre, marítimo y aéreo."³

Por lo tanto, se estima que el derecho mercantil es la rama que regula las relaciones nacidas del comercio y de los actos que históricamente se le han asimilado y los actos futuros que pudiesen surgir, así como las obligaciones impuestas a las personas que considera comerciantes.

Si en alguna rama del derecho existe libertad de forma para los comerciantes es en

³ Méndez Castejon, Mario Adolfo. **Los actos de comercio en el derecho mercantil**. Pág. 46

ésta, en donde ellos se obligan de la forma en que quieran llegar a un acuerdo de voluntades pero cuidando la seguridad jurídica y económica de los comerciantes.

1.1 Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco

Guatemala, al igual que el resto de los dominios españoles en América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli, la recopilación de leyes de indias, las leyes de castilla, las siete partidas y las ordenanzas de Bilbao, para citar las más conocidas, que contenían normas destinadas al comercio.

Según Villegas Lara en su obra Derecho mercantil guatemalteco, describe algunos aspectos históricos del derecho mercantil así: “La capitanía general del reino de Guatemala estaba sujeta al virreinato de la nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el consulado de México y este ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar.”⁴

En 1970, se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la República, que contiene el actual Código de Comercio de Guatemala, el que pretende ser un instrumento moderno, adoptado a las nuevas necesidades del tráfico comercial de Guatemala, tanto en el aspecto nacional como internacional. Para su elaboración se tomaron en cuenta otros Códigos de centroamérica, sobre todo el de Honduras; ello con la idea de buscar unificación legislativa que hiciera viable el movimiento comercial que generaría el llamado Mercado Común Centroamericano.

⁴ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 9

A este Código se le han hecho reformas, en cuanto al procedimiento de inscripción de sociedades nacionales y extranjeras, permite la celebración de contratos mercantiles que no se encuentran regulados en dicha norma. Sin embargo, por lo dinámico que es el comercio y sus formas de manifestarse, es indudable que debe estar sujeto a constante revisión. Tal aseveración es precisa desde el punto de vista de la contratación mercantil atípica, en donde el contrato de franquicia forma parte del comercio y es una institución que los comerciantes utilizan constantemente en sus relaciones mercantiles.

Ahora bien, en cuanto a la franquicia y su aparición en el mercado guatemalteco el director de franquicias José Fernández estima que: “el contrato de franquicia comercial era ya utilizado en el territorio guatemalteco a partir de 1970, pero no es sino hasta el año 2002 a la fecha que se detecta un gran crecimiento.”⁵

1.2 Características, principios y fuentes del derecho mercantil

Las características de toda rama del derecho devienen de la materia que trata, en el caso del derecho mercantil, el comercio, que es su materia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional. Según Villegas Lara entre las características más específicas y que de cierta forma tienen relación con la moderna contratación atípica están las siguientes: “a) el poco formalismo, b) la

⁵ Publicación de Prensa Libre. 20 de diciembre de 2009. Fernández, José. **Director de Francorp**. Sección negocios año LIX No. 19,687 Pág. 24.

rapidez, libertad en los medios para traficar, c) es adaptable al tráfico comercial, d) es por naturaleza internacional, e) permite la seguridad al tráfico jurídico”⁶.

a) Es poco formalista: la circulación para que sea fluida, exige que la formalidad esté relegada a la mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan en simples formalidades solo 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 créditos se da por un sencillo endoso en procuración, el caso anterior sirve para demostrar como el derecho mercantil tiende a ser poco formalista, para adaptarse a las peculiaridades del tráfico comercial.

b) Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar: el poco formalismo comentado se relaciona con la agilidad del tráfico comercial. El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible. Al mismo tiempo vive imaginando fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar. Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le presenta.

Un juez, por ejemplo, no podría negarse a resolver un conflicto de intereses en el campo comercial argumentando que un negocio no está regulado por el derecho

⁶ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 7

vigente, ya que si en algún campo, el contrato atípico se da con suma facilidad es en el mundo del hacer comercial.

c) Adaptabilidad: esta característica, bien señalada por el profesor Edmundo Vásquez Martínez, se explica así: “que 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. Entonces, una característica de este derecho para tomarse en cuenta es que, en su contexto general, debe irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial”.⁷

d) 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, esta característica es más sensible ahora que ha surgido el fenómeno de la globalización de las economías.

e) Posibilita la seguridad del tráfico jurídico: el valor de 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

⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. Citado por Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 22.

mercantil? en la observancia estricta de que la negociación mercantil esta basada en la verdad sabida y la buena fe guardada.

Para fines de esta investigación la característica que distingue al derecho mercantil es el poco formalismo, por el cual los acuerdos de voluntades se concretan en simples requisitos, ya que la libertad de forma se da en la contratación atípica específicamente en la franquicia comercial, porque los comerciantes necesitan negociar en el menor tiempo posible pero con certeza y seguridad jurídica.

Se ha tratado de separar las características de los principios que inspiran al derecho mercantil; no sin antes observar que, características y principios deben funcionar conjuntamente para una correcta interpretación del derecho vigente.

Por principio debe entenderse, como un lineamiento, línea directriz o noción fundamental, que inspira la creación e interpretación y orienta la aplicación de las normas jurídicas. Como principios, según Lara pueden considerarse los siguientes:

- “La buena fe.
- La verdad sabida.
- Toda prestación se presume onerosa.
- Intención de lucro
- La autonomía de la voluntad.
- El de orden público.
- El equilibrio de intereses confluentes o repelentes”⁸.

⁸ Villegas Lara. **Ibíd.** Pág. 23

Citadas las características y principios, se deben señalar las fuentes del derecho mercantil, la palabra fuente da la idea de donde emana o brota algo; para el derecho mercantil, fuente es el conjunto de medios materiales e inmateriales, que jurídicamente determinan el nacimiento, formación y manifestación de esta rama del derecho. Según Villegas Lara existen fuentes formales del derecho mercantil entre éstas se encuentran: “1) la costumbre, 2) jurisprudencia, 3) ley, 4) doctrina y 5) el contrato.”⁹

1) La costumbre: se puede definir como una práctica reiterada, implantada por una colectividad y que las personas piensan que es obligatoria. La costumbre fue la primera fuente formal del derecho mercantil, ya fuera como práctica general de los comerciantes o como usos del comercio. Generalmente son estos últimos los que funcionan en la práctica mercantil, los que pueden ser locales o internacionales; generales o especiales; y normativos o interpretativos.

El párrafo segundo del Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, le da categoría de fuente de derecho a la costumbre, es decir, la costumbre es fuente del derecho pero en dos situaciones: en defecto de ley aplicable, aquí rige de manera subsidiaria, si no hay ley se aplica la costumbre, o por delegación de la misma ley, es decir cuando la misma ley establece que se aplique la costumbre del lugar y todo ello si llena los requisitos, que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

2) La jurisprudencia: se puede definir como la serie reiterada de resoluciones emitidas

⁹ Villegas Lara. *Ibíd.* Pág. 24

por los tribunales de más alta jerarquía (Corte de Constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia), que resuelven de la misma manera casos similares y que convierten de observancia obligatoria la interpretación de las normas jurídicas. La jurisprudencia esta concebida en Guatemala, según lo expresa el primer párrafo del Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, como fuente complementaria.

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 621 del Código Procesal Civil y Mercantil, cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, por medio del recurso de casación, se genera la doctrina legal misma que puede citarse como fundamento de pretensiones similares. Sin embargo, si se trata de interpretar la ley que ya existe, estos fallos no están generando nuevas normas, y por lo mismo no son fuentes directas de lo normativo.

Cosa distinta sucede cuando hay ausencia de norma para el caso concreto y se falla en observancia de los Artículos 10 y 15 de la Ley del Organismo Judicial, porque en tal caso se esta produciendo una norma, con la particularidad de ser individualizada para el caso concreto, con imposibilidad de traerla a cuenta para solucionar un caso similar. Esto demuestra que en éste ordenamiento hay muy poca estimación por la jurisprudencia como fuente de derecho y, en consecuencia, también del derecho mercantil.

3) La ley: se puede definir en sentido amplio y en sentido estricto, en sentido amplio, se le llama ley a todas las normas jurídicas de cualquier jerarquía que estén vigentes en el

Estado (normas que van desde la Constitución Política de la República, leyes constitucionales, tratados y convenios internacionales, normas ordinarias, normas reglamentarias, normas individualizadas). En sentido estricto, se le llama ley a todas aquellas normas jurídicas que sean de observancia general y obligatoria que hayan sido emitidas por el órgano competente siguiendo el procedimiento correspondiente.

Sólo hay dos órganos que pueden crear leyes: la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República. Existen también, según el Artículo 16 disposiciones transitorias y finales de la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes materiales tales como: “los Decretos leyes, es decir cuando han sido emitidas bajo la administración de un gobierno de facto”; o los Decretos de emergencia, Artículo 138 del mismo cuerpo legal: “son aquellos Decretos emitidos por el Organismo Ejecutivo por la función cuasilegislativa, pero deben ser sometidos al conocimiento del Congreso de la República para que éste los ratifique y apruebe”.

El licenciado Estuardo Castellanos Vanegas en entrevista realizada por el sustentante de esta investigación en abril del 2009, relacionado con la ley como fuente del derecho manifiesta lo siguiente: “La ley no es el lugar de donde surgen las normas jurídicas, la ley es el conjunto de normas jurídicas, lo técnico y correcto es decir la fuente del ordenamiento jurídico es el procedimiento legislativo y que ese procedimiento genera las leyes y que las leyes son el ordenamiento jurídico”.¹⁰

¹⁰ **Loc. Cit.** 20 de abril de 2009

Conforme a los Artículos 2 y 3 de la Ley del Organismo Judicial: “la ley o la legislación con más propiedad, es la fuente primaria del derecho”. En el caso de Guatemala, la normatividad mercantil se integra a partir de su Constitución Política de la República de Guatemala específicamente en el Artículo 43 al establecer que: “existe libertad de industria y comercio”, cuyos preceptos mercantiles se desarrollan en el Código de Comercio que es una norma ordinaria; así como las leyes conexas en materia mercantil y los reglamentos que norman la actividad de los comerciantes, las cosas y los negocios mercantiles.

4) La doctrina: es el conjunto de estudios que se realizan para explicar las normas jurídicas, a la doctrina no pocos autores le niegan calidad de fuentes del derecho. Sin embargo, en el derecho mercantil sucede algo especial, por el lento proceso legislativo, es indudable que la doctrina planteada por los científicos del derecho va adelante del derecho vigente.

La doctrina corre pareja con la práctica; lo que no sucede con la ley; entonces, para que este derecho sea viable fácticamente, los principios que ya se estudiaron, y que son doctrinarios, vienen a ser fuente coadyuvante de la interpretación del contexto legal, por disposición del Artículo 1 del Código de Comercio.

Pero no debe considerársele una fuente aislada que produzca efectos ella sola. Se cree que la doctrina puede funcionar como los usos, coadyuvar al esclarecimiento del derecho vigente, con la diferencia de que, por su solidez científica, juega un papel

preponderante en el conocimiento de los problemas que tienen que resolverse dentro del contexto del derecho mercantil.

Ahora bien, en cuanto a la interpretación de la ley, existe según el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial la interpretación legal es decir: “las normas se interpretaran conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto (realidad socioeconómica del Estado) y de acuerdo con las disposiciones constitucionales”, asimismo existe interpretación doctrinaria es decir, la interpretación autentica que realizan los Diputados del Congreso de la República, interpretación formal, simple interpretación que le da la persona no apta, y la interpretación doctrinaria en la cual se involucra la doctrina, ley, costumbre y jurisprudencia.

Al principio se le llama doctrina, es decir, todo lo que han escrito los estudiosos del derecho, surge en consecuencia el crecimiento de la doctrina, la cual cuando ya es utilizada por los jueces al emitir alguna resolución se le llama Doctrina legal, según el Artículo 43 de la ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad: “al haber tres fallos contestes (iguales) ya se le llama jurisprudencia”.

5) El contrato: ha sido considerado como fuente del derecho sobre todo en el campo del derecho privado, olvidando un poco la teoría kelseniana, en donde la única fuente del derecho es la ley, se puede considerar que el contrato es fuente del derecho mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares, provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad.

Si en algún campo del derecho privado se dan modalidades muy especiales al celebrar un contrato, en el terreno mercantil existen y por ello se podría considerar como una fuente. Sin embargo, hay que recordar que el contrato ha sido definido como ley entre las partes; en ese sentido vendría a ser una fuente muy particular, en la práctica mercantil existen el contrato normativo, el contrato tipo, el contrato por adhesión y especialmente la contratación atípica.

Estas fuentes del derecho, bien señaladas por Lara, orientan claramente que tanto la doctrina como el contrato establecen como el derecho mercantil debe irse adaptando a las corrientes modernas, porque la doctrina corre pareja con la práctica, y en el terreno comercial las contrataciones atípicas no son la excepción, en cuanto al contrato es fuente del derecho mercantil, por la autonomía de la voluntad y por ser un acuerdo de voluntades entre los particulares o comerciantes convirtiéndose hoy en día como una fuente muy utilizada sobre todo en el marco internacional.

1.3 La contratación atípica

En el derecho mercantil de Guatemala existe la contratación típica es decir, aquellos contratos que son nominados por el legislador, y la contratación atípica que son aquellos contratos que no han sido tomados en cuenta según el procedimiento legislativo, entonces que regula la ley, según el Código de Comercio en su Artículo 671 éste proporciona el principio de libertad de forma, y establece lo siguiente: “Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán

obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse”

Esté es el fundamento legal, que permite la celebración de contratos mercantiles atípicos en Guatemala y propiamente el contrato de franquicia comercial, que no se encuentra regulado legalmente, el cual se da entre comerciantes, contratación atípica que surge por los usos y prácticas mercantiles que hacen que surjan nuevas figuras contractuales.

Como se puede observar, parte del contenido del derecho mercantil lo constituye la negociación jurídica mercantil. Por lo tanto, aquí se regulan las obligaciones y contratos mercantiles, dentro de esta se encuentra normada la contratación típica y la contratación atípica, que por disposición legal también debe ser encuadrada dentro del derecho mercantil. Según Cabanellas de Torres, el contrato atípico o innominado es: “el que no está regulado con sustantividad en la legislación positiva, y no incluye cláusulas que lo deformen o combinen con otros también susceptibles de independencia en concepto y régimen, o que carece de denominación especial en el ordenamiento jurídico”¹¹.

La franquicia es un contrato innominado o atípico, porque no se encuentra regulado expresamente por el legislador en ningún cuerpo normativo. Sin embargo, así es considerado en la legislación guatemalteca, pero existen diferentes cuerpos normativos que hacen mención del contrato de franquicia comercial pero no lo desarrollan, tal es el caso del Artículo 280 del Código de Comercio, que regula en el último párrafo: “por el

¹¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 93

contrario, las disposiciones de este capítulo no serán aplicables a contratos o relaciones de licencia de uso o usufructo de propiedad industrial e intelectual y de franquicias comercial”; asimismo el Artículo 46 último párrafo de la Ley de Propiedad Industrial regula: “en lo que se refiere a la materia regulada por esta ley, los contratos de franquicia también se regirán por las disposiciones de este capítulo”; es decir, en Guatemala la legislación lo equipara a un contrato de licencia de uso de marca.

La franquicia comercial por su falta de regulación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, hace que las partes al momento de la celebración no se encuentren presentes físicamente, lo que se puede resolver a través de la contratación electrónica por los avances de las tecnologías de la información y de la comunicación. Según Barrios Osorio, un contrato es electrónico cuando: “las declaraciones de voluntad que prestan los sujetos intervinientes se manifiestan a través de medios electrónicos, es decir, se entenderá por contrato formalizado por vía electrónica el celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos”¹².

En conclusión, la contratación mercantil atípica forma parte del derecho mercantil, en virtud que es un negocio jurídico que se desarrolla entre comerciantes, contratación que no se encuentra regulada en la ley pero el mismo Código de Comercio establece el principio de libertad de forma, en donde da la posibilidad a los contratantes de celebrar este tipo de acuerdos pero cuidando la seguridad jurídica y económica.

¹² Barrios Osorio, Omar Ricardo. **Derecho e informática**. Pág. 78

Una sociedad mercantil, por ejemplo, puede en determinado momento celebrar estos contratos por las ventajas que ofrece y más aún las sociedades constituidas en el extranjero que eventualmente deseen iniciar operaciones en el país.

CAPÍTULO II

2. La sociedad mercantil nacional y las sociedades extranjeras

Para entender el funcionamiento o forma de iniciar operaciones de una sociedad mercantil extranjera se deben analizar algunos puntos interesantes de la sociedad mercantil nacional, entre los cuales están: el concepto; su regulación legal; las sociedades mercantiles de hecho o irregulares; su personalidad jurídica; denominación y domicilio.

Para llegar así a comprender cuáles son sus diferencias, los requisitos que deben cumplir, procedimientos, trámites para constituir las y como las sociedades mercantiles extranjeras podrían llevar a cabo una forma de contratación atípica e iniciar operaciones en el país a través de franquicias.

Una sociedad mercantil es la agrupación de varias personas que, mediante un contrato, se unen para la común realización de un fin lucrativo, crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas en la ley. Según Vásquez Martínez, citado por Villegas Lara: “este es el criterio que inspira al actual Código de Comercio de Guatemala.”¹³

Estas sociedades mercantiles deben ser una agrupación de personas, puesto que no puede haber sociedad unipersonal por disposición de ley, en todo caso la unión de dos

¹³ Villegas Lara, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 21

o más personas, estas personas que aportan su capital o trabajo para dedicarse a un objeto social, adoptan una de las cinco formas establecidas en la ley mediante escritura pública y obtienen ganancias o pérdidas.

La asociación de personas ha de constituirse para el logro o consecución de un fin común, el fin común constituye el nervio causal de la sociedad, el elemento que distingue el contrato de sociedad del resto de los contratos, ha de tener entidad suficiente para producir un vínculo jurídico y ha de establecerse en interés de todos los socios o accionistas.

El fin común que caracteriza al contrato de sociedad ha de ser un fin lucrativo. La declaración expresa de los Artículos 1728 del Código Civil "...y dividirse las ganancias" y 2 del Código de Comercio "...con fines de lucro" no dejan margen para la vacilación. En ese mismo sentido se pronuncia Guillermo Cabanellas de Torres, de la sociedad mercantil como: "una asociación de personas y bienes o industria, para obtener lucro en una actividad comercial".¹⁴

La pequeña parte general del derecho de sociedades mercantiles se encuentra contenida en el Código de Comercio de los Artículos 14 al 58. En efecto, el Código antes de dar inicio a la regulación de las distintas clases de sociedades mercantiles, destina varios preceptos a la regulación de algunas cuestiones generales de interés para todas ellas. Según el doctor Vladimir Aguilar Guerra en su obra La sociedad anónima en relación a la sociedad mercantil manifiesta lo siguiente: "El Código de

¹⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág.358

Comercio abre el tratamiento de las sociedades mercantiles a partir del Artículo 14, sin embargo, no existe un concepto específico de sociedad mercantil, el concepto de sociedad es un concepto único y unitario para todo el derecho privado y por tanto, válido para todas las formas sociales, desde las más simples hasta las más complejas”.¹⁵ El doctor Aguilar, hace referencia al concepto de sociedad regulado en el Código Civil, específicamente en su Artículo 1728 que estipula lo siguiente: “la sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias”.

Ahora bien, sabiendo que es una sociedad mercantil se debe determinar que clases de sociedades existen. En efecto, el Artículo 10 del Código de Comercio, pone de manifiesto la aplicación del principio de *numerus clausus* de los tipos sociales. En este sentido, esta norma prohíbe la creación de nuevos tipos societarios en el ámbito de la autonomía privada, es decir no cabe, la constitución de una sociedad mercantil atípica, porque si se intentara constituir no podría inscribirse en el Registro Mercantil, ello genera mayor seguridad o certidumbre en el tráfico mercantil. Cabe preguntarse, qué sucede con las sociedades extranjeras, si estas no podrían inscribirse en el país, por tener otra forma de constitución, no podrían operar, tendrían que modificar su objeto social y adoptar una forma de sociedad de las reguladas en el Código de Comercio. Prácticamente, tendrían que constituir una nueva sociedad mercantil, es aquí en donde posiblemente optarían por otra forma de expandirse.

Quienes se dispongan a constituir una sociedad mercantil han de saber que

¹⁵ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **La sociedad anónima**. Pág. 3

necesariamente tienen que hacerlo con arreglo a una forma típica. La elección vendrá determinada por sus propias circunstancias, conveniencias y preferencias.

Si lo que persiguen es un fin específico para el que la ley ha previsto un tipo *ad hoc*, deberán de considerar la oportunidad de adoptar el tipo particular.

No obstante, cualquiera de esos fines y cualesquiera otros pueden perseguirse igualmente mediante la adopción y, en su caso, adecuación contractual, de un tipo universal colectiva, comanditaria, anónima y limitada.

La opción por uno u otro dependerá de múltiples consideraciones entre las que sobresalen las de orden fiscal; las relativas a la responsabilidad asumida por los socios; las de naturaleza organizativa; las de orden financiero etc.

Las sociedades pueden ser en consideración a las personas o al capital, es decir, *intuitio personae e intuitio pecuniae*, teniendo en cuenta la posición jurídica de los asociados, frente a los mismos socios y con respecto de terceros.

En la constitución de las sociedades de personas interesa un factor individual, particular y personal, se apunta a considerar la calidad del asociado, aquí no se presenta un divorcio total entre el patrimonio social y el de cada socio en particular; por el contrario, los patrimonios tratan de confundirse. La característica esencial recae en la responsabilidad, que en estos casos es personal e ilimitada en lo que se refiere a los negocios sociales, todas las obligaciones en esta forma de sociedades se tornan

solidarias, el ejemplo clásico de sociedad de personas lo constituye la sociedad colectiva.

En cambio, en las sociedades de capital el único factor que interesa es el monetario, sin consideración a tal o cual persona, ya que el elemento caracterizador es la ausencia personal en la responsabilidad de las obligaciones sociales, entre las sociedades de capital se presenta una marcada separación, un divorcio entre el patrimonio social y el particular.

La distinción de patrimonios subsiste, porque la responsabilidad de los socios es limitada, convirtiéndose el patrimonio social en la única prenda de los acreedores. Ejemplos típicos de sociedades de capital lo constituyen la sociedad anónima y en su caso la sociedad de responsabilidad limitada.

El factor capital es determinante para una sociedad mercantil extranjera, pues como se verá en el tema central de esta investigación, muchas veces estas sociedades para poder expandirse llevan a cabo un estudio de los posibles inversionistas, su situación financiera, económica y legal, ello con el objeto de dar la autorización y así poder explotar su marca, sus secretos industriales, su tecnología o el objeto de dicha sociedad y esto se logra a través de la contratación atípica.

Ahora bien, los Artículos 16 y 17 del Código de Comercio disponen que las sociedades mercantiles deben constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, en este sentido propio, la irregularidad no es un problema de forma, sino de publicidad.

La sociedad mercantil que no se haya otorgado en instrumento público no es irregular por faltarle la forma, sino por faltarle la inscripción, de lo que se trata, en definitiva, es determinar si la sociedad irregular tiene personalidad jurídica o no.

Según lo dispuesto en los Artículos 222 y 223 del Código de Comercio, una sociedad es irregular por dos motivos: primero, por tener fin ilícito, en cuyo caso, existiendo irregularidad, aunque esté inscrita, debe disolverse y liquidarse de inmediato. En esta circunstancia, aunque la ley no lo regula expresamente, debe entenderse que los socios son responsables de las obligaciones de la sociedad irregular; y segundo, cuando una sociedad se exterioriza frente a terceros y no está inscrita en el Registro Mercantil. En este segundo caso, la sociedad es irregular porque no tiene personalidad jurídica, ya que ésta deviene de la inscripción registral. Ante este supuesto, la ley establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios frente a las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad irregular.

Ahora bien, una sociedad de hecho conforme al Artículo 224 del Código de Comercio, es aquella que aparentemente se manifiesta frente a terceros, sin que en su formación se hayan observado las solemnidades que la ley prescribe para la fundación de sociedades mercantiles o sea la celebración del contrato mediante escritura pública, como en este caso, el ente comercial no puede existir legalmente, se llama sociedad de hecho; contraria a derecho.

Tradicionalmente se reconocen dos especies de sociedad de hecho: a) La proveniente de sociedad que quiso constituirse como de derecho, pero a la cual le faltaron

solemnidades legales, y b) la resultante del mero consentimiento expreso o tácito de los socios, no revestido de solemnidad alguna. Porque sea de derecho o sea de hecho, la sociedad se ha venido considerando siempre como un contrato.

Una sociedad extranjera que desea operar en Guatemala debe de cumplir con una serie de requisitos, de lo contrario podría caer en la figura de irregularidad o de hecho, hoy por hoy existen alternativas para poder evadir estas figuras, entre ellas se puede celebrar una franquicia con personas que verdaderamente tengan esa solvencia económica y moral en el territorio, claro que estén dispuestos a pertenecer a una cadena comercial sujetándose a los lineamientos de la sociedad extranjera que decidió expandirse a través de esta figura contractual.

2.1 La personalidad jurídica, denominación y domicilio de las sociedades

En materia de sociedades mercantiles, el reconocimiento por la ley de personalidad jurídica significa reconocerle el carácter de centro de imputación diferenciada, de derechos y obligaciones de los individuos que la integran; asimismo, la forma en que se identificara frente a terceros y el lugar o sede de sus oficinas para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones anteriormente mencionados.

El Artículo 14 del Código de Comercio establece: “la sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de los socios individualmente considerados...”, del análisis de esta norma se infiere que la personalidad en el ordenamiento deviene

del cumplimiento de un procedimiento regulado en la ley, el que principia con la autorización de la escritura pública.

El proceso de constitución, al ser calificado por el Registro Mercantil en forma positiva, produce la inscripción definitiva de la sociedad pero con efectos retroactivos a la inscripción provisional que se realizó y por consiguiente se inicia su personalidad jurídica. Ese proceso que lleva a cabo dicho Registro a través del departamento de asesoría jurídica, produce la inscripción definitiva de la sociedad, a la vez da inicio a su personalidad jurídica, ésta se extiende hasta la fecha que en el mismo registro cancela la inscripción a solicitud de los liquidadores, luego que ha concluido el trámite de disolución y liquidación de la sociedad, según el balance general final. En este orden de cosas, desde que nace, la personalidad jurídica se mantiene hasta que se liquida el patrimonio social de la sociedad.

Explicada la personalidad jurídica de una sociedad mercantil se debe analizar su denominación, es decir, los sujetos que forman parte de una sociedad aparecen en la escena jurídica bajo un nombre común.

Por ello se dice que el primer atributo de las personas jurídicas es la denominación, en cuya virtud los terceros pueden identificar al grupo y el grupo puede actuar en el tráfico externo. Según Aguilar Guerra: “La denominación tiene, por tanto, una función identificadora y una función habilitadora, la importancia de éste atributo es tal que la doctrina establece la existencia de un verdadero derecho subjetivo de las personas jurídicas al nombre; un derecho que, en la reconstrucción, debe ser entendido como el

derecho de las personas físicas a ser identificadas y actuar como miembros de un grupo”.¹⁶

La legislación mercantil guatemalteca en relación a la denominación en el Artículo 26 del Código de Comercio establece: “la inscripción de una sociedad en el Registro Mercantil, le otorga el derecho al uso exclusivo de su razón social o de su denominación, la que deberá ser claramente distinguible de cualquier otra y no podrá ser adoptada por sociedad del mismo o semejante objeto, mientras subsista inscrita la primera”.

Esta norma jurídica regula lo que en doctrina se le denomina la exclusividad, novedad o prioridad a su razón social o denominación.

Ahora bien, la sociedad extranjera al momento de operar por franquicias al mismo tiempo esta autorizando al franquiciatario para que pueda utilizar su denominación, su marca, sus secretos industriales y en general los signos distintivos que la identifican.

Después de la denominación para efectos de esta investigación se debe analizar el domicilio que es el último de los atributos externos de las sociedades mercantiles en su calidad de personas jurídicas, que en el fondo es más que una fórmula elíptica utilizada para expresar el domicilio especial de las personas que están en la base de la sociedad.

¹⁶ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 14

La sede o domicilio de las sociedades es el lugar elegido contractualmente por las partes para localizar su actividad jurídica y a él anuda el ordenamiento múltiples funciones.

Así, a manera de ejemplo, el domicilio le sirve a una sociedad entre otros casos para determinar el cumplimiento de obligaciones, atribuir competencia registral y judicial, reunir la asamblea u otros órganos sociales, hacer notificaciones o ejercitar derechos, etc.

En relación al domicilio el Artículo 40 del Código Civil establece que: “las personas, en sus contratos pueden designar un domicilio especial para el cumplimiento de las obligaciones que estos originen”; esta norma regula lo que en la doctrina se le denomina el domicilio contractual, en ese mismo sentido se pronuncia el Código de Notariado en el Artículo 46 que establece: “el domicilio contractual ha de consignarse en el contrato de sociedad con la debida precisión”.

El domicilio puede ser entonces una población, la finca o parcela concreta en que se sitúa la sede social, circunscripción municipal o departamental y en el caso de las sociedades extranjeras hay que verificar si al momento de otorgar una franquicia, ésta se da con o sin exclusividad en determinado territorio y esa será la región o lugar como su domicilio.

En relación al domicilio de las personas jurídicas se debe analizar el Artículo 38 del Código Civil que establece: “el domicilio de una persona jurídica es el que se designa

en el documento en que conste su creación o, en su defecto, el lugar en que tenga su administración o sus oficinas centrales”, esa disposición parte de la premisa que el domicilio de la persona jurídica es único, pero a decir verdad no contiene una prohibición expresa del domicilio múltiple.

Lo dicho no es inconveniente para que las partes establezcan, al lado del domicilio social, otras sedes e incluso les atribuya ciertas funciones contractuales específicas. Es indudable, en efecto, que las sociedades pueden crear para la administración de sus asuntos y explotación de sus actividades otros establecimientos, representaciones, delegaciones u oficinas distintas al del domicilio.

En esta dirección, el Artículo 39 del Código Civil dispone: “También se reputa como domicilio de las personas jurídicas que tengan agencias o sucursales permanentes en lugares distintos de los de su domicilio, el lugar en que se hallan dichas agencias o sucursales respecto a los actos o contratos que éstas ejecuten”.

La cuestión probablemente más controvertida es la relativa al lugar del territorio nacional donde debe ser fijado el domicilio. El problema se centra en determinar si rige un principio de libertad (libre elección del domicilio de las partes) o un principio de necesidad (necesidad de coincidencia del domicilio social con un centro de intereses efectivo de la sociedad).

En el tratamiento del domicilio cuando se franquicia se debe estipular en el contrato cual será la zona de explotación de la marca, si es a nivel nacional o solo parte del territorio

o región, esto se da a través de las llamadas cláusulas de exclusividad; entonces de allí deviene cual es el lugar de ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones para el franquiciatario.

2.2 Las sociedades constituidas en el extranjero

Las sociedades constituidas en el extranjero pueden funcionar en Guatemala en forma directa, mediante la existencia en el país de su administración o de su objeto principal, también pueden operar las sociedades extranjeras con el funcionamiento de una agencia o sucursal.

Según Villegas Lara: “En ambos casos, se encuentra establecida la obligación que tiene la sociedad de someterse a las leyes de Guatemala y de hacer renuncia a cualquier derecho de extranjería.”¹⁷

Ahora bien, una sociedad extranjera que logró conquistar un lugar preferente en su mercado, si desea permanecer en dicha situación, debe emplear su máxima eficacia para protegerse de la competencia, que puedan hacerle entidades de igual o mayor poderío económico.

La sociedad extranjera tiene dos opciones, a) puede ir subsistiendo al abrigo de la competencia, empleado toda su dedicación y esmero en mantenerse ante su clientela; o b) puede ir planeando la forma de abrir nuevos mercados y estudiar nuevas formas de

¹⁷ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 330

expansión, una sociedad extranjera entre otras alternativas tiene la de franquiciar su marca, por las ventajas que ofrece.

Si una sociedad extranjera decidiera llevar a cabo el trámite de inscripción en el Registro Mercantil de Guatemala, es decir, cumplir con el ordenamiento jurídico, inicia operaciones, pero eventualmente por alguna circunstancia resolviera retirarse del país o suspender sus actividades, deberá obtener su respectiva autorización, la que le será extendida por dicho Registro previo trámite, lo que se constituye en una desventaja para la sociedad extranjera en virtud del proceso que debe seguir.

De conformidad con el Artículo 218 del Código de Comercio los requisitos que debe de cumplir la sociedad extranjera que esta en proceso de retiro son los que se detallan a continuación: "con la solicitud se acompañara los estados financieros certificados por contador o auditor público colegiado activo; declaración jurada en acta notarial en la que el representante legal haga constar que su representada cumplió con todas sus obligaciones tributarias hasta la fecha de su retiro, comprobar que las obligaciones y negocios contraídos en la república han sido cumplidos o están garantizados y deberá cumplir con el arancel a efecto del derecho de inscripción de cancelación".

Con los documentos señalados, previa calificación del departamento de asesoría jurídica y la aprobación por parte del Registrador Mercantil, se ordena elaborar un edicto para que sea publicado por parte del interesado, una vez en el diario oficial y en otro de mayor circulación, con el objeto de que se haga del conocimiento público que la sociedad extranjera se retira del país.

A través del sistema de franquicias, por ser un acuerdo de voluntades que existe entre la sociedad extranjera y el empresario guatemalteco, de una vez se pacta todo el procedimiento para dejarlo sin efecto; si surgiera una situación que amerite rescindir el contrato y en su defecto, es común que en esta clase de contratación atípica la resolución de controversias se resuelven a través del arbitraje, esto de conformidad con la implementación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

2.3 Requisitos, procedimiento y trámite para sociedades extranjeras

Las sociedades extranjeras, se presentan en dos aspectos: a) sociedades mercantiles extranjeras para operar temporalmente en el país por un período no mayor de dos años, de esta forma lo regula el Artículo 221 del Código de Comercio al indicar que: “Las sociedades extranjeras que tengan el propósito de operar temporalmente en el país por un plazo no mayor de dos años, deberán obtener previamente autorización especial del Registro Mercantil”; y b) el Artículo 215 del Código de Comercio regula que existen también; “sociedades mercantiles extranjeras para operar en el país en forma indefinida”, en ambos casos se esta sujeto al cumplimiento de determinados requisitos que a continuación se describen.

El interesado deberá presentar: a) formulario de solicitud de inscripción de sociedad extranjera, adjuntar escrito indicando los datos pormenorizados de la sociedad, b) fotocopias legalizadas de que la sociedad ésta debidamente constituida de acuerdo, con las leyes del país en que se organizó, o sus estatutos si los tuviere. Los

documentos provenientes del extranjero deben ser previamente protocolizados, y si se encuentran en idioma extranjero, acompañar su traducción jurada correspondiente; c) fotocopia legalizada del mandato, el que previamente deberá estar inscrito en el registro electrónico de poderes del Archivo General de Protocolos y en el Registro Mercantil, dicho registro acepta única y exclusivamente como mandatario de una sociedad extranjera a profesional abogado colegiado para que tenga facultades judiciales; y d) comprobante de pago por derecho de inscripción.

Al presentar el expediente completo en la sección de recepción de documentos, el mismo sufre el procedimiento de calificación por la asesoría jurídica del Registro Mercantil y la sanción respectiva del registrador mercantil.

Seguidamente, después de haber cumplido con los requisitos legales y aprobado por el registrador mercantil, se ordena la inscripción provisional y se adjudica el expediente al operador encargado de elaborar el edicto correspondiente para que se publique por parte del interesado, una vez en el diario oficial y en otro de mayor circulación.

Previamente a su publicación, de conformidad con el Artículo 221 del Código de Comercio: “el registrador mercantil fijara la fianza por el monto del equivalente en quetzales de US\$50,000.00 (cincuenta mil dólares), la que deberá emitirse a favor del Estado o de terceros en su caso y presentarla al Registro Mercantil.

Efectuadas las publicaciones y presentadas al Registro Mercantil con su respectivo memorial, las mismas se adjuntan al expediente con todas las actuaciones, y se elabora

por parte del registro, una providencia para remitir el expediente a la Procuraduría General de la Nación para su conocimiento y dictamen correspondiente, El doctor Villegas Lara manifiesta que: “cuando el expediente vuelve de la Procuraduría con el dictamen favorable el Registro Mercantil emite resolución en donde manda que se inscriba definitivamente la sociedad extranjera, se extienda la patente de comercio de sociedad, y se razonen los testimonios respectivos”¹⁸.

Ahora bien, si una sociedad extranjera decidiera franquiciar, se evitaría una serie de trámites administrativos, costos operacionales, infraestructura, exploración del mercado guatemalteco, estudios de factibilidad, pasivos laborales, etc. En cambio iniciar operaciones en el menor tiempo posible, ahorro de capital que bien se podría invertir en la búsqueda de posibles inversionistas en otros países, promociones publicitarias de su marca, de sus productos y servicios.

En fin, como se verá más adelante una sociedad extranjera, obtiene mayores ventajas al celebrar contratos de franquicia comercial, con empresarios guatemaltecos, que al acudir ellas mismas a través de su representante legal a inscribirse en la institución encargada para el efecto.

En conclusión, para operar por franquicias una sociedad mercantil extranjera, debe contar en primera instancia con el acuerdo de todos los socios o accionistas, para el efecto se tendría que celebrar una asamblea general de accionistas, o junta general; una vez se tenga el acuerdo, tendría que estudiar el territorio guatemalteco y a sus

¹⁸ Villegas Lara. **Ibíd.** Pág. 330

posibles inversionistas, el ordenamiento jurídico, instruir a los franquiciatarios de cómo llevar a cabo la comercialización de sus productos o la prestación de sus servicios, se determinará las directrices a que se deben someter, determinar el precio de entrada como contraprestación a su franquicia, y los cánones periódicos que tendrían que ir amortizando los franquiciatarios.

Como las sociedades extranjeras son propietarias de una marca de renombre o prestigio a nivel internacional, tendría que indicar cuales son las circunstancias en los que se puede utilizar esa marca, las facultades y limitaciones, y en general que no existan irregularidades en el manejo de los signos distintivos de su empresa.

A continuación, con el fin de ilustrar mejor los efectos que surgen con la implementación del contrato de franquicia comercial se desarrolla todo lo relativo a esta moderna contratación atípica, los derechos y obligaciones que tienen franquiciantes (sociedades extranjeras) y los franquiciatarios en Guatemala.

CAPÍTULO III

3. La caracterización de la operatividad franquiciaria en Guatemala

Con el propósito de entender que es la franquicia comercial como contratación atípica en Guatemala, se analizan algunos puntos doctrinarios, dentro de los cuales están: el origen o surgimiento en Guatemala, características, diferencias con otras categorías contractuales y como se enmarca dentro de la tradicional clasificación de los contratos, los derechos y obligaciones que conlleva.

Así como, las diferentes cláusulas de exclusividad que pueden pactarse, con el objetivo de establecer si realmente es una forma de contratación que se puede utilizar por parte de una sociedad extranjera y como influye para iniciar operaciones en el menor tiempo posible.

Por el contrato de franquicia comercial se debe entender, el acto por medio del cual una persona llamada franquiciante, propietario de una marca de servicios y secretos industriales a cambio de un pago inicial llamado *canon o royalty* y pagos periódicos, se obliga a autorizar el uso de la marca y secretos industriales, con exclusividad por un tiempo y lugar; asimismo, se obliga a suministrar materia prima, conocimientos administrativos, financieros y la representación al franquiciatario.

Esta es una modalidad de contratación mercantil que no se encuentra regulada en la legislación guatemalteca, pero es indudable su uso en la práctica comercial ya que

proporciona una serie de ventajas para las partes que intervienen en su celebración, ventajas que hacen que lo puedan utilizar las sociedades constituidas en el extranjero, para poder explorar nuevos mercados, sin necesidad de acudir ellas a través de su representante legal a inscribir su sociedad en el país, o seguir el trámite de inscripción de esta sociedad en el Registro Mercantil guatemalteco.

En la actualidad no existe un concepto de contrato de franquicia que sea válido para cualquier ordenamiento o unánimemente aceptado. Sin embargo, Juan Ignacio Ruiz Peris en su obra *El contrato de franquicia* establece lo siguiente: “el término contrato de franquicia, franchise agreement, cubre realidades distintas en el tráfico negocial norteamericano y europeo; incluyendo en el primero de ellos múltiples contratos, como el de concesión, o el de distribución selectiva, que en segundo gozan de autonomía. En este sentido se puede considerar que lo que en Europa se denomina contrato de franquicia se corresponde en líneas generales con lo que en los Estados Unidos de América, se conoce como Business Format Franchise”.¹⁹

La franquicia comercial es un sistema de colaboración entre dos empresas diferentes pero ligadas por un contrato en virtud del cual una de ellas concede a la otra, mediante el pago de una cantidad y bajo condiciones bien determinadas, el derecho de explotación de una marca o una fórmula comercial presentadas por un símbolo gráfico o un emblema y asegurándole al mismo tiempo una ayuda y unos servicios regulares destinados a facilitarle la explotación.

¹⁹ Ruiz Perís, Juan Ignacio. **El contrato de franquicia**. Pág. 16.

El doctor René Arturo Villegas Lara, cita la definición que respecto a la franquicia comercial da la Asociación Internacional de Franquicia así: “es una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado en el cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como el *know how* y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo con un procedimiento común o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquel una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y su propio negocio”.²⁰ Como se puede observar en la definición anterior, el contrato de franquicia, tiene inmerso también el contrato mercantil de *know how* (o sea el derecho de utilizar y explotar comercialmente los conocimientos técnicos y especializados transferidos por el titular de este contrato), y el de licencia de uso de marca.

En relación a la franquicia, el franquiciante debe autorizar el uso de sus signos distintivos al franquiciario, comunicar y autorizar el uso del *know how* o conocimientos desarrollados por aquel; también debe prestarle, según Ruiz Peris: “asistencia comercial o técnica y formar al franquiciado o a sus dependientes; usar en el ámbito pactado los signos distintivos del franquiciador, poner en práctica el sistema de explotación de la empresa estudiado por el franquiciador, soportar el control de éste o de su personal y realizar la contraprestación prevista”.²¹

En una franquicia comercial también se permite el uso de los signos distintivos que

²⁰ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 305

²¹ Ruiz Peris. **Ibíd.** Pág. 20.

identifican a una sociedad o empresa, la Ley de Propiedad Industrial Decreto 57-2000, en el Artículo 4 establece cuales son esos signos distintivos: “cualquier signo que constituye una marca, un nombre comercial, un emblema, una expresión o señal de propaganda o una denominación de origen”.

La franquicia comercial es definida por Jean Guyénot como: “un método de colaboración entre una empresa franchisor y una o varias empresas franchisees. Según esta definición el franchising implica para la empresa franchisor, quien es titular de una marca o un emblema que representan una fábrica, un comercio o un servicio, la obligación de poner a disposición de la empresa franchisee, a título oneroso, primeramente su habilidad, los medios y la asistencia para facilitarle su éxito y, además, un conjunto de productos o de servicios explotados previa, obligatoria y totalmente de acuerdo a técnicas comerciales uniformes, originales y constantemente puestas al día”.²² Sic.

Es un contrato por el cual un fabricante o, más en general, un prestador de servicios que se llama franquiciante da a un comerciante independiente llamado franquiciatario, el derecho a explotar o a comercializar una marca de un determinado producto o servicio, Jorge Santa María en su obra Las nuevas figuras contractuales establece que: “también se compromete, a asistirlo en la organización, en la formación y en las técnicas de comercialización, mediante el pago de un precio”.²³

²² Guyénot, Jean. **La franchise commerciale en Revue trimestrielle de droit commercial**. Pág. 161.

²³ López Santa María Jorge. **Las nuevas figuras contractuales**. Pág. 78

La franquicia en el sistema chileno es definida por Sonia Maldonado Calderón en su obra El contrato de franchising: “como el acto por el cual una de las partes llamada franquiciante se obliga a ceder a otra llamada franquiciatario, respecto de quien es jurídicamente independiente, el uso de una marca, de un nombre o de un emblema representativos de un producto o de un servicio, o ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio, y a prestarle asistencia, quien, a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar sus directivas en el ejercicio de su derecho”.²⁴

De las definiciones citadas, la que proporciona Sonia Maldonado me parece ser la más acertada y comprensible ya que la franquicia comercial determina que una persona propietaria de una marca de servicio o secretos industriales, autoriza a otra persona denominada franquiciataria la explotación de su marca con o sin exclusividad en determinado territorio, se obliga también a proporcionarle asistencia financiera, contable y jurídica, a suministrarle materia prima y orientarlo en medios promocionales.

3.1 Origen, evolución y características de la franquicia

En cuanto a su aparición este contrato, tiene sus antecedentes históricos, en los Estados Unidos de América, a finales del siglo XIX. Así lo cita el licenciado Ricardo Alvarado Sandoval en su obra El notario ante la contratación civil y mercantil: “En el resto del mundo comienza a cobrar auge a partir de la tercera década del siglo XX, pero

²⁴ Maldonado Calderón, Sonia. **Contrato de Franchising**. Pág. 59

en particular se consagra como uno de los contratos más utilizados con posterioridad a la segunda guerra mundial”.²⁵

La franquicia en sus albores, asume la modalidad de una licencia comercial y, más exactamente, constituye una concesión de licencia de patente dentro del circuito de la comercialización de un producto o de un servicio, de ahí que Sonia Maldonado lo define como: “la concesión de una marca de productos o de servicios, a la cual le agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta”.²⁶

Las ventajas que bajo esta fórmula jurídica obtienen las partes determinan que la franquicia se consolida como técnica habitual en el medio económico estadounidense, para luego proyectarse fuera de sus fronteras a escala plurinacional. También inciden en la creación de numerosos organismos y asociaciones destinados a difundir su práctica.

Una vez afianzada su práctica en Estados Unidos de América, la franquicia se traslada al viejo continente. Sin embargo, la existencia de diferencias sustanciales en el plano económico, en el jurídico e incluso en el psicológico, determinan que no tenga ni los mismos matices ni el mismo éxito que el alcanzado en Estados Unidos.

La incursión de franquicias extranjeras en el territorio guatemalteco se remonta en su origen al año de 1970. Motivando esta importación de conceptos que como

²⁵ Alvarado Sandoval, Ricardo. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. Pág. 685.

²⁶ Maldonado Calderón. **Ibíd.** Pág. 60

consecuencia algunos negocios locales de tipo independiente y con reconocida trayectoria por la excelencia en sus productos y servicios, ya en aquellos años, adoptara el formato. Pero no es, sino hasta entre los años 2002 al 2007, que se detecta un crecimiento del 150 % en la industria nacional de franquicias y de las cuales por lo menos 10 de ellas estarían ya exportando sus conceptos hacia otros países. Según José Fernández, director de la Asociación Guatemalteca de Franquicias esto: “distinguía a Guatemala por contar con una industria de franquicias muy sana y sin casos graves o detectables de franquicias chatarra o piratas, que hubiese dañando el sistema y la confianza de los inversionistas.”²⁷

Ahora bien, ya establecido cual es el origen del sistema de franquicias a nivel internacional y específicamente en el territorio guatemalteco, se deben citar las características de la franquicia. Para el efecto, Sonia Maldonado Calderón jurista chilena precisa las siguientes:

- a) “Es una relación continuada de transferencia de tecnología del franquiciante hacia el franquiciado, para la comercialización del producto o la prestación del servicio;
- b) El franquiciante a cambio, recibe el pago de una cuota inicial y se queda recibiendo regalías periódicas.
- c) La franquicia implica licencia de uso de la marca que distingue el producto o el servicio objeto del contrato, a favor del franquiciado.
- d) El franquiciante mantiene una relación constante sobre las actuaciones del franquiciado en la ejecución del contrato, a efecto de controlar el cumplimiento de

²⁷ Fernández, José. **Ibíd.** Pág. 24

los requerimientos propios de un contrato de franquicia, principalmente en cuanto a que el producto o servicio se comercialice como lo hace la empresa franquiciante.”²⁸

De las características citadas, se infiere que: si una sociedad extranjera decide operar por franquicias, se debe pactar los pagos iniciales y periódicos que se deben efectuar, los conocimientos, permitir el uso de los signos distintivos que la identifican y definir las directivas a que se deben someter, por lo tanto, las características c) y d) son las que tienen relación con la presente investigación.

3.2 Diferencias de la franquicia respecto de otras categorías contractuales

Aún cuando la franquicia tiene independencia y autonomía respecto de otro tipo de contrato comercial, en la práctica puede aparecer en una zona fronteriza con otras modernas categorías, induciendo a confusiones. Por ejemplo: con el contrato de distribución, licencia comercial, licencia de uso de patente, suministro.

Para Sonia Maldonado Calderón, con el propósito de precisar el concepto de la franquicia comercial, es que: “comenta las diferencias de mayor relieve que presenta respecto de las figuras con las cuales se lo tiende a emparentar y, asimismo, la posibilidad de conjunción”.²⁹

²⁸ Maldonado Calderón, Sonia. **Ibíd.** Pág. 68

²⁹ Maldonado Calderón. **Ob. Cit.** Pág. 62.

a) Contrato de distribución comercial: el contrato de distribución se puede conceptuar como el que celebran dos empresas o personas situadas en distintos niveles del comercio (entre un productor y un mayorista, entre un mayorista y un sectoriza, entre el último y un minorista, etc.), mediante el cual el productor o la parte más cercana a la fuente de producción se compromete a suministrar en forma permanente, y generalmente exclusiva, un producto diferenciable a otra empresa o persona que lo hace llegar al consumidor o a otra firma.

El contrato de distribución es más bien propio de la relación productor revendedor, mientras que para la franquicia es indiferente la fuente productora, Sonia Maldonado en relación al contrato de distribución manifiesta que lo que interesa principalmente es que el producto o servicio de que se trata se expenda por un canal estandarizado y bajo una fórmula comercial de reciproca cooperación y asistencia entre los contratantes.

Para esta autora existen tres elementos básicos de la distribución: que haya reciprocidad, cooperación y asistencia. Mismas que, según el Código de Comercio de Guatemala de cierta forma señala en el Artículo 280 al establecer que: “son distribuidores o representantes, quienes por cuenta propia, venden, distribuyen, promueven, expenden o colocan bienes o servicios de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, llamada principal a quien están ligados por un contrato de distribución o representación”.

En efecto, la distribución se refiere genéricamente, a aquella fase de la producción consistente en un conjunto de actos realizados por el propio productor, o por terceros

intermediarios, que tiene por finalidad llevar un producto o un servicio desde su fuente de origen hasta el consumidor. El contrato de franquicia es un sistema de distribución de productos y servicios, pero no es sinónimo de contrato de distribución.

b) Contrato de licencia comercial: lo característico del contrato de licencia es que una persona dueña de una patente de invención o de una marca (licenciante) autoriza a otra, generalmente de distinta nacionalidad (licenciataria), para que la use y registre en su ámbito geográfico en forma exclusiva, pero sin desprenderse de su propiedad.

Se trata, en general, de dar la fórmula de una producción a otra persona para que también la fabrique; de autorizar la explotación por una de las partes de la invención patentada por la otra. Para Sonia Maldonado, la licencia comercial engendra para el licenciataria esencialmente obligaciones de nivel técnico de la producción a que se refiere la marca o patente. Se apunta a poner en ejecución el invento en las mismas condiciones técnicas que el producto original; el licenciataria no puede alterar el procedimiento.

En este caso, es frecuente que el franquiciataria debe producir por si mismo los artículos o servicios objeto de la distribución y el franquiciante tiene la propiedad industrial sobre los mismos. El titular o dueño de la patente deja de tener el monopolio absoluto sobre ésta y habilita al franquiciataria para poner en circulación, o dejar caer en el mercado de su zona, la producción protegida por la franquicia.

Cuando opera la figura de la franquicia, el franquiciante despliega especial cuidado en

vigilar que el producto que se vende o el servicio que se presta se ajusten rigurosamente a las técnicas y procedimientos contenidos en la fórmula resguardada por la patente, esto se consigue, mediante una formación adecuada del franquiciatario y de su personal y de un servicio de inspección que controla su establecimiento.

c) Contrato de cesión de patente: El contrato de cesión de patente en la práctica es difícilmente diferenciable respecto del que se acaba de examinar. Sin embargo, dista mucho de ser idéntico al contrato de franquicia, porque su principal característica radica en que el titular de la patente transfiere su propiedad y el conjunto de los derechos que emanan de su condición de propietario industrial, a su licenciataria.

Tampoco se divisa inconveniente a la posibilidad de conjunción de estos dos contratos, es factible que el franquiciante, dueño de la marca, prefiera cedérsela al franquiciatario reservándose, si lo desea la facultad de usarla y registrarla en la zona en donde desarrolla sus actividades o explota un establecimiento, en este caso, el franquiciante asumirá el rol de licenciataria y el franquiciatario de licenciante.

La Ley de Propiedad Industrial Decreto 57-2000 del Congreso de la República de Guatemala Artículo 132, en relación al contrato de licencia de uso de patente establece que: “el titular de una patente podrá conceder licencia para la explotación de la invención patentada. La inscripción de la licencia contractual en el registro no es obligatoria, pero la misma solo tendrá efectos legales frente a terceros desde la inscripción. La explotación de la patente por el licenciataria cuya licencia esté inscrita en

el registro, se considerará para todos los efectos legales como efectuada por el propio titular”.

3.3 La franquicia comercial dentro de la tradicional clasificación de los contratos

Dentro de los principales caracteres que identifican a la franquicia, tanto de los criterios en que la legislación positiva se apoya para clasificar los contratos, como de aquellos elaborados por la doctrina, son los que señala Julio Olavarria en su obra Manual del derecho comercial y que ofrecen algún interés sobresaliente para esta investigación, entre los que menciona: “1) contrato civil o comercial; 2) unilateral o bilateral; 3) gratuito u oneroso; 4) conmutativo o aleatorio; 5) principal o accesorio; 6) real, consensual o solemne; 7) de ejecución instantánea o sucesivo; 8) contrato tipo y 9) de libre discusión o de adhesión”.³⁰

1) Contrato civil o comercial: calificar la franquicia como contrato civil o comercial resulta vasto en consecuencias. Lo más importante es que dicha calificación va a determinar, entre otros aspectos, la legislación de fondo a aplicar; la eficacia de la costumbre como medio de prueba; las reglas que la gobiernan; la capacidad de las partes, en fin, en ciertas circunstancias la profesión de las personas que lo ejecutan.

2) Contrato unilateral o bilateral: la franquicia es un contrato bilateral, porque de conformidad con el Artículo 1587 Código Civil: “ambas partes contratantes se obligan recíprocamente”. El franquiciante se compromete, principalmente, a ceder al

³⁰ Olavarria, Julio. **Manual de derecho comercial**. Pág. 32

franquiciatario el uso de su marca, de su emblema o nombre o ciertas técnicas o métodos de comercializar un producto o servicio y a asistirlo permanentemente en su explotación, durante todo el tiempo de vigencia del contrato. El franquiciatario, a su vez, se compromete a remunerar al franquiciante y a observar sus directivas en el ejercicio de su actividad.

3) Contrato gratuito u oneroso: el Artículo 1590 del Código Civil, regula que: “es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos”. Por lo tanto, el contrato de franquicia es oneroso porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. La utilidad del franquiciante se traduce, básicamente, en las prestaciones pecuniarias que debe percibir del franquiciatario (derecho de entrada y cánones periódicos) y también en todas aquellas que no teniendo en principio tal carácter, a la postre reditúan un beneficio valuable en dinero, la función promocional que ejerce su marca o su emblema al estar presente en múltiples puntos de venta aumentando su atractivo sobre el público. Asimismo, y según las modalidades del contrato lo permitan, el franquiciante recibe estipendios por concepto de las mercaderías suministradas, créditos otorgados y otras de la especie.

La utilidad del franquiciatario se manifiesta, principalmente, en su facultad de usar la marca o el emblema del franquiciante y en gozar de la asistencia que debe prestarle éste, en la puesta en marcha y en el desarrollo de su actividad.

4) Contrato conmutativo o aleatorio: la franquicia es un contrato conmutativo, porque la estimación del sacrificio que debe realizar cada una de las partes, en relación al

beneficio que se propone obtener, puede hacerse con certeza en el momento de su celebración. La entidad del sacrificio puesta en relación con la ventaja, es decir, la entidad del riesgo al que cada contratante se expone, puede ser conocida y evaluada en el acto de la formación del contrato.

Para la legislación guatemalteca un contrato es conmutativo según el Artículo 1591 del Código Civil cuando: “las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste”. Por lo tanto, el contrato de franquicia comercial es conmutativo por lo antes expuesto y porque las partes saben desde la suscripción del contrato cuales son sus derechos y obligaciones, y si les representa pérdidas o ganancias.

5) Contrato principal o accesorio: la franquicia es un contrato principal, porque subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención El Código Civil establece en el Artículo 1589, son principales: “cuando subsisten por si solos; y accesorios cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación”.

6) Contrato real, consensual o solemne: el contrato de franquicia se perfecciona por el solo consentimiento de las partes o sea, con prescindencia de formalidades solemnes, en virtud de la libertad de forma que regula la legislación mercantil.

Según el Artículo 1588 del Código Civil, establece: “son consensuales cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos”. Además, es una consecuencia

ineludible de la libertad contractual, porque si la voluntad de los particulares es soberana para crear y regular toda clase de relaciones jurídicas, es forzoso que ésta baste para formalizar los contratos y que exista necesidad de otros requisitos que rijan relación con su naturaleza o especie.

El carácter no solemne de la franquicia tampoco es impedimento a la conveniencia de someterse en su celebración a las formalidades *ad probationem*, como la escrituración, ya que puede ocurrir que su eficacia se vea amenazada por la dificultad de acreditarlo en juicio.

7) Contrato de ejecución instantánea o de tracto sucesivo: la franquicia es un contrato de tracto sucesivo o de ejecución continuada, pues las obligaciones que engendra van naciendo y extinguiéndose, periódicamente, mientras dura su vigencia, su cumplimiento, por ende, se prolonga en el tiempo a través de una serie más o menos larga de actos de ejecución.

8) Contrato tipo: el contrato que se analiza debe propender a la estandarización u homogeneidad formal y funcional de los distintos establecimientos unidos a la red. Dicha estandarización u homogeneidad determina, forzosamente, la consecuencia ineludible de que todos los miembros de la cadena deben observar normas comunes en su explotación, decorar sus establecimientos de acuerdo a idénticos modelos, usar los mismos signos distintivos ante el público, igual sistema de promoción y ventas, etc. Hay que recordar que al hablar de contrato tipo se refiere a un convenio modelo destinado a servir de base a otros contratos a celebrarse a posteriori.

En otras palabras, se trata del establecimiento anticipado de parte de los contratantes de las condiciones generales que pasan a formar parte, tal cual o sin alteraciones de importancia, de otro contrato futuro.

El contrato tipo es un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos o condiciones generales de la contratación. Según Sonia Maldonado lo que se pretende afirmar es que: “prácticamente, en el caso más frecuente, el franquiciante dueño de la marca o emblema y fabricante de los bienes objeto de la comercialización, o titular de la técnica de comercio que se va a explotar, de común acuerdo con él o los franquiciatarios que formaran parte del sistema de distribución, determinan la normativa que regirá cada uno de los negocios integrantes de la misma”³¹. Dicha normativa debe observarse, obligatoriamente, en cada uno de los contratos particulares de franquicia que se celebren ulteriormente, incluso en el que convengan quienes ha elaborado el contrato tipo, ya que, normalmente, el franquiciante explota también un punto de venta.

En síntesis, y según se ha podido apreciar, el contrato de franquicia, desde el punto de vista jurídico, puede tener tanto el carácter de consensual, en virtud de la libertad de forma que regula la legislación mercantil. En Guatemala no existe regulación de la franquicia por lo tanto, basta con el simple consentimiento de las partes para que se perfeccione, es decir, con un simple contrato atípico se llega a este acuerdo de voluntades, que puede ser en documento privado con firma legalizada, o bien en

³¹ Maldonado Calderón. **Ob. Cit.** Pág. 67

escritura pública siempre con el objeto de investirlo de seguridad jurídica y económica para los contratantes.

3.4 Efectos del contrato de franquicia

Cuando se redacta un contrato típico, fuera de las cláusulas que nacen de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, la ley establece los derechos y obligaciones de cada sujeto que negocia, lo cual facilita establecer los alcances de la relación jurídica contractual y la interpretación de sus términos, cualesquiera sea la forma que se haya observado. Según Villegas Lara: “cuando se trata de un contrato atípico, como en el caso de la franquicia comercial, es la doctrina la que ayuda a precisar los derechos y obligaciones de los sujetos que lo celebran, a efecto de establecer sus características”.³²

Los derechos y obligaciones del franquiciante

Dentro de los principales derechos y obligaciones del franquiciante y del franquiciatario, según Sonia Maldonado Calderón se encuentran los siguientes: “a) derecho de entrada, b) amortizaciones periódicas, c) directivas financieras, d) organización administrativa, e) control técnico y f) control de explotación o de gestión; ahora bien, dentro de las principales obligaciones que tiene el franquiciante están las siguientes: 1) permitir el uso de signos distintivos, 2) capacitación al franquiciatario, 3) ayuda y ciertos servicios”.³³

³² Villegas Lara, **Ob. Cit.** Pág. 309.

³³ Maldonado Calderón. **Ibíd.** Pág. 85

Por lo tanto para esta autora, los derechos y obligaciones del franquiciante y franquiciatario más importantes son los que a continuación se detallan:

a) Derecho de entrada: el franquiciante tiene la facultad de exigir a su franquiciatario el pago de un estipendio que se mira como equivalente al derecho de éste a formar parte del sistema y a usar la marca y los signos distintivos de su propiedad. El monto se calcula, normalmente, en relación al renombre o prestigio que tengan dicha marca o signos distintivos en el mercado y a las dimensiones de la firma modelo, se paga por una sola vez y al momento de suscribirse el contrato, salvo estipulación en contrario.

b) Rentas periódicas: conjuntamente con el derecho de entrada, el franquiciante tiene derecho a exigir al franquiciatario el pago de ciertas sumas periódicas, que representan la retribución de los servicios y ayuda que regularmente le presta. Su cuantía también es variable, generalmente se fija en un porcentaje sobre las ventas brutas mensuales, trimestrales o semanales y se pagan durante todo el tiempo de vigencia del contrato.

c) Establecer las directivas financieras, administrativas y de control: el franquiciante, en su misión de animar y dirigir la red, se convierte en el órgano gestor, ejecutor y contralor de la normativa contractual. En tal calidad, está facultado para señalar e imponer la observancia de todas las directivas que crea convenientes y que tengan por objeto el cumplimiento de su tarea. Dicho poder lo ejerce, comúnmente, a través de circulares, masivas, memorandos, etc. La presencia del franquiciante en la firma del franquiciatario se manifiesta en todos los planos.

d) Organización administrativa: el franquiciatario debe organizar su establecimiento de comercio de acuerdo al modelo preconizado por el franquiciante. Ello tiende, fundamentalmente, a facilitar el control de su gestión y a lograr frente al público una imagen atractiva que dé garantías de buen servicio y calidad.

e) Organización financiera: el franquiciante tiene, entre otras facultades análogas, la de fijar el importe total con el que debe contar inicialmente el franquiciatario para financiar las operaciones de instalación y explotación. Dichos capitales pueden ser originalmente propios u obtenidos de entidades crediticias que se determinan en el contrato. Podría darse el caso que el mismo franquiciante facilite tales cantidades al franquiciatario, con cargo a que las utilice estrictamente en los objetivos señalados y se las restituya en forma y tiempo pactados. Es usual que el franquiciante se reserve, además, la prerrogativa de fijar volúmenes mínimos de operaciones y de aplicar medidas correctivas si estos no se observan.

f) Organización comercial: en este campo es donde la presencia del franquiciante en la empresa del franquiciatario se hace más evidente. Se puede afirmar, incluso, que el último renuncia a su libertad comercial para adherirse al sistema de comercialización establecido por el primero. El franquiciante manifiesta su presencia en el sistema del franquiciatario, esencialmente, en el ejercicio de las siguientes facultades:

- Derecho a establecer la forma y decoración del establecimiento de comercio;
- Derecho a determinar los procedimientos y técnicas de comercialización;
- Derecho a determinar la calificación técnica y comercial del personal;
- Derecho a fijar zonas de exclusividad territorial;

- Derecho a fijar volúmenes mínimos de venta;
- Derecho a abastecer exclusivamente al franquiciatario de sus existencias;
- Indicar fuentes de abastecimiento complementarias;
- Derecho a establecer precios catalogo.

g) Control técnico: el franquiciante tiene derecho a vigilar las instalaciones materiales, la calificación técnica del personal y la aptitud de los métodos de trabajo empleados por el franquiciante.

Dicho control es muy importante, toda vez que la organización del sistema constituye un elemento primordial de buena comercialización y una condición de promoción de las ventas; el cliente compra si puede ser aconsejado e informado por un técnico apto, que le enseña el funcionamiento de un aparato, o bien, le asegura un servicio de postventa.

h) Control de explotación o de gestión: el franquiciante tiene la facultad de examinar los resultados obtenidos periódicamente por el franquiciatario en el ejercicio de su actividad. Esto le interesara muy especialmente, en razón que de dichos resultados dependerán las sumas o cánones periódicos que se devenga a su favor.

En el ejercicio de éste derecho, el franquiciante puede examinar los libros de contabilidad y documentos del franquiciatario, tomar conocimientos de sus balances u ordenar la realización de balances extraordinarios, exigirle que consigne sus operaciones en determinados formularios.

Citados los derechos del franquiciante, se deben analizar a continuación que obligaciones debe cumplir para con el franquiciatario:

a) Obligación de permitir al franquiciatario el uso de sus signos distintivos: para que el franquiciatario pueda explotar integralmente la imagen de la red, tiene que usar necesariamente, los signos que distinguen y dan individualidad a ésta frente al público, tales signos pertenecen al franquiciante y consisten en un nombre comercial, en un emblema, una marca incluso en una patente industrial. Al usar en sus documentos, papeles, instalaciones, los caracteres que distinguen al franquiciante ante el público, el franquiciatario se convierte en titular de todo un prestigio y una fama ya conquistados, lo que redundará en el beneficio de su actividad.

b) Permitir el conocimiento y utilización de determinadas técnicas: el franquiciante debe poner en conocimiento del franquiciatario las técnicas o modalidades de acuerdo a las cuales debe operar su establecimiento. Estas, en la mayoría de los casos, coinciden con las de un negocio explotado por si mismo, o bien, con las de un establecimiento modelo que ha ideado con el propósito de desarrollar a través del sistema de franquicias. Si tal idea esta protegida por una patente industrial, el franquiciante puede ceder el uso de la misma al franquiciatario o, en el caso de no estar registrada, comunicársela a través del know how.

c) Obligación de prestar al franquiciatario ayuda y ciertos servicios: el franquiciante debe asistir al franquiciatario en todo lo relativo a la instalación y a la explotación de su negocio. Dichos servicios dependen, en gran medida de la naturaleza

de los bienes objeto de la comercialización y de las necesidades que se van presentando en el transcurso de la explotación, entre las que se encuentran:

- 1) Asistencia en la localización de una buena instalación, en el caso que el franquiciatario no disponga de alguno.
- 2) Asistencia en la construcción y decoración del local (elaboración de planos, elección de materiales, embellecimiento, etc.).
- 3) Asistencia en la capacitación técnica y comercial del personal (cursos de capacitación, prácticas e instrucciones).
- 4) Asistencia en el desarrollo de programas de promoción y publicidad (envío de folletos, prospectos e impresos).
- 5) Asistencia financiera (mutuos de dinero, equipamiento, indicación de fuentes de financiamiento complementarias).
- 6) Servicio de aprovisionamiento (suministro de existencias, insumos o materias primas o indicación de fuentes de aprovisionamiento).
- 7) Asistencia jurídica.

Los derechos y obligaciones del franquiciatario

Los derechos del franquiciatario consisten, en gozar de las prestaciones que constituyen obligaciones del franquiciante y en otras facultades cuya naturaleza depende de la modalidad del contrato o de las estipulaciones convenidas, a saber:

- a) derecho a usar la marca, emblema o signos distintivos del franquiciante.
- b) derecho a tomar conocimiento y a utilizar ciertas técnicas, procedimientos o ideas de comercialización de un producto o de un servicio.

- c) derecho a gozar de la ayuda y de los servicios que regularmente debe prestarle el franquiciante.
- d) derecho a proponer políticas generales de administración, comercialización, fiscalización y las formas de su aplicación.
- e) derecho a ejecutar sus propias políticas en la explotación de su negocio.

Dentro de las principales obligaciones del franquiciatario se encuentran las de orden financiero y las normas a las que obligatoriamente se debe sujetar, para una mejor comprensión se definen de la siguiente manera:

- a) Obligación de pagar ciertas retribuciones al franquiciante: el franquiciatario debe pagar al franquiciante el derecho de entrada y los cánones periódicos y, asimismo, todas las sumas que pudieran devengarse a favor de éste por concepto de créditos, suministro de mercaderías, servicios adicionales.
- b) Ceñirse a las directivas del franquiciante en su explotación: desde una perspectiva general, el franquiciatario está obligado a desarrollar su explotación conforme a las directivas financieras, administrativas, comerciales y de control formulada por el franquiciante.

Desde una perspectiva más particular y en lo relativo al plano comercial, el franquiciatario está obligado a: disponer de un establecimiento cuyo aspecto exterior y decoración interior se ajusten al modelo de la organización; aplicar los métodos de publicidad; de promoción y ventas; disponer de instalaciones materiales y de personal cuya calificación técnica corresponda a los métodos de comercialización utilizados por

la red; poseer reservas de piezas de recambio; utilizar los créditos en la forma y para las finalidades estipuladas; someterse al control técnico y financiero ejercido por el franquiciante y respetar las cláusulas de exclusividad pactadas.

3.5 Cláusulas de exclusividad en el contrato de franquicia comercial

Son disposiciones o estipulaciones que deben quedar plasmadas en el contrato, porque de ello deriva si el acuerdo abarca todo el territorio o solo parte de él, o que se deba suministrar todos o parte de los productos y servicios. Sonia Maldonado jurista chilena indica que dentro de las cláusulas de exclusividad más comunes se encuentran las siguientes: “a) cláusula de exclusividad de compra; b) exclusividad de compra y venta recíproca; c) exclusividad territorial; d) relativas al precio catálogo; e) obligación de cuota.”³⁴ Para una mejor comprensión se analizan cada una de ellas.

a) Cláusula de exclusividad de compra: cuando el contrato en examen tiene por objeto la distribución de bienes muebles, usualmente contiene una estipulación en virtud de la cual el franquiciatario queda obligado a abastecerse únicamente de la producción de un determinado sistema (que es la del franquiciante o la de un tercero indicado por éste), la cual por el contrario queda en libertad de abastecer a cualquier otro comprador. La estipulación referida es la llamada cláusula de exclusividad de compra, cuya finalidad es lograr y asegurar la unión y la uniformidad del sistema de franquicia, pues mal puede lograrse la diferenciación deseada si cada miembro queda en libertad de abastecerse de la producción de cualquier fuente.

³⁴ Maldonado Calderón. *Ibíd.* Pág. 91

b) Cláusula de exclusividad de compra y venta recíproca: en virtud de este pacto, el franquiciatario queda obligado a aprovisionarse con exclusividad de una determinada franquicia (usualmente la del franquiciante), la que solo esta facultada para abastecerlo a él. Queda así configurado un doble vínculo de exclusividad, la firma productora o distribuidora se obliga a entregar sus existencias únicamente al franquiciatario y éste, ha provisionarse solamente de aquella, en otras palabras cada parte renuncia a favor de la otra a su libertad comercial.

La ausencia de este pacto de doble exclusividad no obsta a la eficacia económica de la franquicia, toda vez que ésta no radica en el hecho de poseer el monopolio de la distribución de los productos de fabricación del franquiciante o de otra firma, sino, principalmente, en comercializar dichos productos según técnicas y modalidades estandarizadas.

A pesar de lo dicho y con el objeto de fortalecer la unión del sistema de franquicia, la estipulación en mención es usual en el contrato de franquicia, en atención a que se considera que no es conveniente que el franquiciante o la firma fabricante del artículo objeto de la distribución lo expendan a terceros no afiliados al sistema de franquicias.

c) Cláusula de exclusividad territorial: esta convención constituye otra modalidad de restricción en la distribución de bienes y tiene por objeto establecer territorios exclusivos.

Casi en todos los contratos que tienen por objeto la creación de un sistema de

franquicias de distribución, se estipula una cláusula de esta naturaleza, por cuanto contribuye al fortalecimiento de ésta y proporciona numerosas ventajas a las partes; un fabricante puede estimar necesario ofrecer una cierta seguridad a sus revendedores para edificar una organización fuerte, pero éstos pueden ser renuentes a invertir capital y a orientar sus energías en el desarrollo de un nombre que puede ser desplazado si su proveedor es libre de competir con ellos, indirectamente, a través del establecimiento de otro comercio en la misma área territorial.

Si se estipula en el contrato de franquicia esta cláusula, implica que cada afiliado debe limitar sus actividades al marco de una zona territorial delimitada, la cual constituirá su asiento y en donde su rol será promover las ventas conforme a las directivas del franquiciante. En la zona asignada, cada franquiciatario dispondrá del monopolio de la distribución del producto objeto de la comercialización y del uso de la marca, emblema o signos que identifican a la franquicia en el mercado.

Los límites de las referidas zonas de exclusividad generalmente coinciden con una ciudad, provincia, barrio, calle, o bien con las fronteras nacionales. En la práctica la estipulación en análisis puede adoptar diversos grados, según tenga el carácter de simple o reforzada.

Mediante la cláusula de territorialidad simple, (distribución territorial exclusiva) el franquiciante otorga al franquiciatario un privilegio de suministros exclusivos dentro de una zona que será de su responsabilidad, pero no se compromete a protegerlo de la competencia que pueden hacerle otros franquiciatarios domiciliados fuera de dicha

zona. Es decir, los últimos pueden salirse de la zona concedida y realizar actividades en el territorio y con la clientela asignada al primero, de la misma manera que éste puede invadir territorios de otros miembros

d) Cláusula relativa al precio catálogo

Por norma general, el franquiciante está obligado a expender los productos o servicios materia de su comercio a un precio determinado, o bien, a uno que respete el mínimo o máximo señalado en el contrato, la finalidad de esta medida es también asegurar la unión del sistema, ya que, por un lado evita los movimientos incontrolados de la clientela desde un sector a otro y, por otro, permite proyectar hacia el público una imagen de cada negocio.

Las formas que puede adoptar esta estipulación en la practica son muy variadas, puede tratarse de un precio convenido, impuesto, sugerido o informado y según su extensión de un precio fijo, mínimo o máximo.

e) Cláusula relativa a la obligación de cuota

Cuando la franquicia tiene por finalidad distribuir bienes fabricados por el franquiciatario, casi siempre contiene una estipulación en virtud de la cual el franquiciante queda obligado a adquirir periódicamente (mensualmente, trimestralmente o cada año) una cantidad minima de aquellos bienes. Con esto el franquiciante persigue racionalizar su producción, ya que al conocer anticipadamente la demanda, puede fijar niveles de producción a corto, mediano y largo plazo.

El conjunto de las cuotas puede representar la capacidad mínima de producción de la firma del franquiciatario o la parte que éste estima que debe ser vendida para que su actividad sea rentable. Generalmente se fijan en relación a las inversiones efectuadas por el franquiciante en la instalación y explotación de su negocio y a la demanda real y potencial que exista en el territorio concedido.

De las cláusulas analizadas, se infiere que la más importante y que no debe faltar en toda contratación atípica de esta naturaleza, es la exclusividad territorial, ya que en caso contrario daría lugar a que eventualmente el franquiciante o sociedad mercantil extranjera pueda iniciar operaciones en el país, lo que se convertiría en una competencia desleal para el franquiciatario, por lo tanto, a través de las diferentes cláusulas de exclusividad que la doctrina proporciona, se evita actos contrarios a la buena fe comercial y al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades mercantiles y prácticas en las cuales las ofertas de un producto en un mercado se reducen a un solo vendedor, es decir el monopolio.

En conclusión, por el contrato de franquicia comercial una persona llamada franquiciante, propietario de una marca de servicios y secretos industriales que bien podría ser una sociedad legalmente constituida en el extranjero a cambio de un pago inicial y pagos periódicos, autoriza el uso de la marca y secretos industriales, con exclusividad, a otra persona denominada franquiciatario que en Guatemala podrían ser las pequeñas y medianas empresas así mismo se obliga a suministrar materia prima, conocimientos administrativos y financieros.

A continuación, con el propósito de ilustrar mejor cuales son las ventajas que ofrece esta moderna contratación mercantil, se desarrolla el tema relativo a la franquicia comercial en la situación actual y como la alternativa para las sociedades extranjeras.

CAPÍTULO IV

4. Situación jurídica-económica actual de la franquicia en Guatemala

Con el objetivo de estudiar las franquicias en tiempos de crisis y cómo ésta afecta al mercado internacional, se analiza a continuación las franquicias como una alternativa probada, viable, de supervivencia y hasta de expansión cuando existen crisis económicas; determinando a la vez como en Guatemala el impacto sería menos grave, a través del sistema de franquicias.

Para el efecto, es necesario citar y analizar el comentario del Director de franquicias guatemaltecas José Fernández quien indica que: “el sector de industrias franquiciables tanto en Guatemala como en el resto de centroamérica está saliendo adelante aún en tiempos de crisis y sin perder participación de mercado”³⁵.

Todo lo anterior para desarrollar, como la franquicia comercial se ha constituido como la alternativa para que una sociedad mercantil extranjera inicie operaciones en el país.

En Guatemala, en el último año han decidido franquiciarse más de 15 empresas guatemaltecas, por lo que ya son 60 las franquiciadoras chapinas. Estos son ejemplos, de que si se puede y que a pesar de todos los obstáculos, las franquicias prueban una vez más ser una herramienta de expansión aún en tiempos de crisis.

³⁵ Publicación de Prensa. 21 de febrero de 2009. Fernández, José. **Director de francorp Centroamérica y el caribe**. Sección negocios año LIX 18,310. Pág. 23.

Operar por franquicias es probablemente una de las pocas industrias en la economía mundial que puede manifestar crecimiento para el siguiente año, aunque sea en un nivel moderado. Y la pregunta podría ser: ¿pero esto, a qué se debe?, la respuesta se encuentra en que, en el sistema de franquicias, todos los riesgos siempre se diluyen entre varios grupos que intervienen en él: desarrolladores, inversionistas, proveedores, empleados y consumidores. Y la fuerza en conjunto de todos estos permite al sector estar mejor, mucho mejor preparados que otras industrias ante las graves crisis económicas.

Fernández antes citado asegura que igualmente, las franquicias históricamente han visto las crisis como oportunidades donde se han desarrollado los más grandes casos de éxito. En un par de años cuando la crisis económica del mercado internacional haya quedado atrás, además de todas las lecciones que está dejando como la especulación, la desmedida avaricia, la cero regulación del sector financiero y de bolsa que ha metido al mundo en una posición muy complicada, se verá nuevamente cómo una franquicia, que en el fondo es una herramienta de crecimiento a través de compartir el éxito con otras personas, es un formato en el cual se puede confiar.

Así que a mayor crisis, mayor inversión, porque quienes se logren asentar en estos tiempos se tomarán las mejores posiciones de competencia, Fernández manifiesta que: “cuando esta situación mundial se haya superado; puede que la debacle dure uno, dos o varios años, pero no será para siempre, y no obstante es posible que la economía no vuelva a ser igual jamás, las franquicias sobrevivirán, eso es seguro”³⁶.

³⁶ Fernández José. *Ibíd.* Pág. 23

Continua manifestando Fernández que las cadenas de franquicias han probado ser a lo largo de la historia, el sistema de negocios que mejor resisten y sobreviven las crisis económicas, ya se sabe que esto se debe a que pertenecer a una cadena incrementa las oportunidades de supervivencia, a través de las economías de escala y la fuerza que da el grupo. Ahora que el mundo al parecer todavía se encuentra en recesión, durante un par de años bien vale la pena echar mano de todo el talento y recursos para sacar adelante el negocio. Porque nuevamente se insiste, el mundo no se va a detener y permanecer por siempre en recesión, no lo hizo durante 1929 y no lo va a hacer ahora.

Ahora bien la pregunta es ¿Por qué dos docenas de empresas regionales están invirtiendo fuertes cantidades de recursos, de tiempo, talento, esfuerzo y dinero en desarrollar sus sistemas de expansión? La clave es supervivencia pura. Una sociedad extranjera tiene dos caminos en estos momentos, se puede quedar como está y procurar ir toreando la crisis como se le vaya apareciendo, o planear cursos de acción e invertir en su futuro. Cada quién debe hacer su propio análisis y decidir que camino tomar. No se detenga sería el mejor consejo, planea nuevamente y ejecute, reacomode y manténgase alerta y busque alternativas”.³⁷

Por todo lo anterior, se infiere que libra por libra los empresarios chapines están más preparados que otros para afrontar tiempos difíciles, simplemente porque en esta región nunca ha sido fácil hacer negocios y triunfar sacando adelante una empresa. Acá siempre se ha tenido que desarrollar los propios sistemas, competir en condiciones

³⁷ Fernández José. *Ibíd.* Pág. 25

menos favorables, con menores recursos, con pocos incentivos fiscales y sin financiamiento.

Guatemala ha pasado de tener prácticamente 300 cadenas de franquicias operando en el país con un crecimiento respecto del año anterior en un diez por ciento, mucho comparado con las 400 que tiene Argentina o Venezuela, por ejemplo, considerando las abismales diferencias tanto poblacionales como de mercado. Así lo afirma José Fernández: “Si se va a un centro comercial, por ejemplo Oakland Mall, se dará cuenta que el 95 por ciento o más de los negocios que operan ahí son franquicias, tanto extranjeras como nacionales. Ahora bien el 50 por ciento de todo el comercio minorista o al detalle en Estados Unidos son negocios franquiciados, lo que manifiesta bastante la enorme fuerza de las cadenas y como éstas influyen en el mercado³⁸.

Este dato es relevante porque demuestra como las franquicias, que tienen su mayor base de operación en el comercio detallista pueden beneficiar a la economía. Hay que recordar que el comercio no sólo mueve el mayor número de transacciones monetarias si no que es la base de mayor fuente de empleo en el país y región.

En Guatemala aunque naturalmente los números son menores, se estima que existen unos cinco mil puntos de venta o unidades que pertenecen a una u otra cadena de franquicias que generan de forma directa e indirecta unos cien mil empleos, esto es una de las grandes ventajas para el país porque el empresario guatemalteco adquiere una

³⁸ Fernández José. **Ibíd.** Pág. 23

franquicia extranjera, a la vez esta creando nuevas fuentes de empleo, lo que se traduce en cierto grado de desarrollo.

4.1 Las franquicias alternativas para las sociedades extranjeras

¿De que manera la franquicia es una alternativa viable para que las sociedades mercantiles extranjeras puedan operar en Guatemala?; que condiciones jurídicas o legales deben cumplirse y qué ventajas o desventajas proporciona ésta clase de contratación para el país y los contratantes.

La Franquicia comercial es la mejor opción debido a que constituye una alternativa viable para las sociedades constituidas en el extranjero y, así poder operar en Guatemala sin tener que cumplir con los requisitos que regula la legislación nacional, en virtud de la libertad de forma de que esta investido.

Tal y como lo establece el Código de Comercio en su Artículo 671 donde da la posibilidad para que las partes queden obligadas en la manera y en los términos que quisieron obligarse, dicha norma legal es el fundamento para poder celebrar contratos mercantiles atípicos en Guatemala, pero todo ello cuidando y respetando la seguridad económica y jurídica de los contratantes.

Dentro de las razones por las cuales las sociedades extranjeras (que a la vez son propietarias de empresas), expanden su negocio o el objeto de dicha sociedad a través del otorgamiento de la franquicia comercial es porque inscribir su sociedad en

Guatemala les conlleva un trámite administrativo lento, y sobre todo gastos muy elevados, por ejemplo la constitución de la fianza a favor del Estado o a favor de terceros que en ambos casos es de US\$50,000.00 dólares como mínimo, capacitación de personal, infraestructura propia, competencia en un mercado desconocido para ellos.

Si una sociedad mercantil extranjera desea operar en el país deberá cumplir con los requisitos del Artículo 215 del Código de Comercio y 221 del mismo cuerpo legal; por todo lo anterior en Guatemala es común que una sociedad legalmente constituida en el extranjero otorgue franquicias comerciales con o sin exclusividad en determinado territorio para la expansión de su negocio y la comercialización de sus productos o servicios, claro cuidando la seguridad jurídica y económica de los contratantes pero con personas que verdaderamente posean el capital y el deseo de coadyuvar en la expansión de dicha marca.

Hoy por hoy, si una empresa quiere permanecer vigente y no sucumbir al peso de la competencia, está obligada a sustituir permanentemente sus bienes de equipo, maquinaria, instalaciones, infraestructura, métodos de venta, medios de publicidad, forma de expandirse, etc. Porque la competencia comercial no da tregua, por lo que cada empresa debe agotar todos los recursos a su alcance en pro de la eficiencia y rendimiento de su estructura productiva, a fin de sobresalir y consolidarse en el mercado.

Ahora bien si se dispone de un capital limitado para expandir un negocio ¿Qué se debería hacer con ese dinero, abrir una sucursal propia o franquiciar? Lo primero que

se debe hacer para responder a esta pregunta es cuestionar si se dispone del suficiente capital a futuro para crecer en el ritmo que el mercado lo demanda con oportunidad y eficiencia, teniendo muy en cuenta además el implacable riesgo de crecimiento de la competencia. No solo para abrir una sucursal nueva, sino para realmente participar del mercado como se desea.

El crecer no es solo cuestión de tener el dinero para abrir una sucursal nueva; además de la inversión, se necesita salir a buscar gente, entrenarla y aumentar su estructura de personal, se debe tener la suficiente capacidad de reacción para tomar las mejores plazas para abrir una sucursal antes que la tome un competidor. Es decir no basta con tener el capital para crecer, aunque sigue siendo uno de los elementos más importantes que detienen el crecimiento de un negocio, porque cada vez que se abre una nueva sucursal se debe volver a invertir dinero.

Por lo tanto, las franquicias son la manera moderna de obtener capital, el costo de franquiciar muchas veces es el mismo o menor de abrir una sucursal nueva del negocio. Después de pagarse el costo del programa de franquicia, el costo de la expansión, así como la mayor parte del riesgo es asumido por los franquiciados, y ya que los franquiciados pagan al franquiciador cuotas iniciales y regalías permanentes es la estrategia adecuada para crecer a través de un sistema de alto impacto de ingresos y de bajo costo. Según José Fernández: “Es mejor invertir en un sistema reproductor de franquicias del negocio con la última tecnología y crecer en una eficiencia y capital que muy difícilmente se obtendría con sucursales propias.”³⁹

³⁹ Fernández, José. *Ibíd.* Pág. 26.

4.2 Situación de las medianas, pequeñas y grandes empresas

Es en el sector de las medianas y pequeñas empresas en donde habitualmente se concentran las mayores dificultades para surgir y alcanzar el desarrollo. Frente a economías de gran escala; no es fácil partir pequeño y crecer con rapidez. Esto es más complejo todavía cuando se trata de una empresa nueva, pues las barreras de entrada son muy rígidas.

A veces los costos de iniciación son tan altos que difícilmente pueden recuperarse y en consecuencia, impiden que una empresa nueva entre al mercado. Por otro lado, hay que considerar que el tamaño de las operaciones de las medianas y pequeñas empresas no les permite alcanzar la liquidez suficiente como para realizar inversiones en la investigación de mercados y de productos, para emplear métodos de promoción modernos, para hacer frente al deterioro de sus equipos, etc.

En suma, las medianas y pequeñas empresas están constantemente bajo la amenaza de desaparecer o de ser absorbidas por otras más poderosas, es aquí en donde entra en juego cambiar la forma de expansión, las sociedades extranjeras si desean una sede o sucursal en otro país ya no acuden a dicha nación e inscriben su sociedad si no más bien franquician por las ventajas que ofrece.

Que sucede entonces con las grandes empresas para Sonia Calderón “normalmente este sector se encuentra en una situación más favorable que las empresas medianas y pequeñas, pero ello no quiere decir que se encuentre al abrigo de toda competencia; tal

ocurrencia constituye una anomalía dentro de un régimen económico concurrencial”.⁴⁰ Una empresa que logra conquistar un lugar determinante en el mercado, si quiere permanecer en dicha posición, debe emplear su máxima eficacia para protegerse de la competencia que puede hacerle entidades de igual o mayor poderío económico.

La franquicia representa para todo el sector empresarial que realiza la actividad distribuidora, la posibilidad de enfrentar las vicisitudes del mercado de acuerdo a sus propios medios o recursos y de alcanzar fácilmente las utilidades perseguidas. Esto a su turno, redundará en beneficio del consumidor, quien es, finalmente el sujeto de mayor preocupación para la economía.

Sin embargo; las personas que verdaderamente están interesadas en expandir su marca, sus secretos industriales, su tecnología, sus conocimientos, y en general el comercio lo hacen de una manera más ágil, solo franquiciando su negocio, es decir celebrando un contrato de franquicia comercial, con personas que verdaderamente posean el capital y el deseo de coadyuvar en la expansión de dicha marca por ejemplo, claro a cambio de las regalías que se compromete a pagar, y el remanente que va percibir para sí.

4.3 Ventajas que ofrece operar por franquicias

Las ventajas que constituye para una sociedad mercantil extranjera son las mismas que

⁴⁰ Maldonado Calderón. **Ob. Cit.** Pág. 31

si fuere ella que constituya una sede o sucursal. Para el licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala, en entrevista realizada en octubre de 2008 relacionada con las ventajas que ofrece franquiciar manifiesta: “lo que vienen corroborando las estadísticas nacionales e internacionales que muestran que las economías más sólidas son aquellas que poseen empresas exitosas que basan su éxito en derechos monopólicos de esta naturaleza: “de hecho, ya existen ejemplos de franquicias que a lo largo de sus últimos años han consolidado su expansión, inclusive más allá de sus fronteras, dentro de las ventajas que proporciona la franquicia a los contratantes y de cierta forma para el país son las que a continuación se describen:”⁴¹

a) Tiene la posibilidad de expandir su negocio: la distribución de un producto o de un servicio es de vital importancia para el productor, fabricante o distribuidor. Una inadecuada distribución obsta a cualquier esperanza de triunfo en el mercado. Además, si se considera que la economía actual está caracterizada por la producción masiva de bienes y servicios, se debe concluir que las empresas tienen necesariamente que racionalizar su mercado para lograr un justo equilibrio entre la oferta y la demanda.

Bajo la presión de la competencia y de los progresos tecnológicos que acrecientan la capacidad productiva, fabricantes y distribuidores saben que la conquista de los sectores de consumo es cada día más difícil. A la luz de todas estas consideraciones, el contrato de franquicia acusa mayores bondades para la sociedad mercantil extranjera franquiciante, porque le da la posibilidad de establecer una cadena de distribución a través de comerciantes independientes a lo largo de todo un territorio.

⁴¹ **Loc. Cit.** 16 de octubre de 2008

Al existir una diversidad de negocios vendiendo su producto o servicio, al mismo tiempo que penetra en un amplio nivel del mercado, obtiene la posibilidad de conquistar nuevos puntos de venta, incluso puede extender sus negocios al exterior con preferencia a la exportación de sus métodos.

Es de hacer notar aquí, que las sociedades constituidas en el extranjero actualmente lo que hacen es franquiciar su negocio o el objeto de la sociedad, y no siguen el trámite que toda sociedad mercantil debe de cumplir para poder operar en el país es decir la inscripción ante el Registro Mercantil, requisitos que para dichas sociedades se vuelven muy lentos o bien muy onerosos tal como la constitución de la fianza ya sea a favor del Estado o bien a favor de terceros. Porque según datos estadísticos del Registro Mercantil de Guatemala en el año 2008 solo efectuaron el trámite correspondiente 19 sociedades extranjeras; y en el año 2009, 12 sociedades se inscribieron ante dicho Registro.

b) Asegura la colocación regular de sus productos o servicios en el mercado: si el franquiciante o sociedad mercantil extranjera es un fabricante de bienes corporales, la franquicia permite contar con compradores seguros, en virtud de que la eficacia del sistema hace conveniente que cada franquiciatario se aprovisione con exclusividad de las existencias del franquiciante (cláusula de exclusividad de compra).

Incluso es normal que aquellos se obliguen a adquirir periódicamente ciertas cuotas de dichas existencias (obligación de cuota), o bien, a realizar volúmenes mínimos de ventas. Esto permite al franquiciante contar con un mercado seguro y predecible y,

consecuencialmente, fijar niveles en su producción, o sea, alinear sus previsiones sobre las necesidades reales de consumo y ponerse a cubierto de stocks invendibles.

c) No necesita de grandes inversiones de capitales: esta es una de las principales ventajas que otorga la franquicia al franquiciante (quien es la sociedad extranjera que a la vez es propietaria de empresas), pues le da la posibilidad de establecer una cadena de distribución cuando, tal vez, financieramente no está capacitado para hacerlo en forma individual.

Como cada franquiciatario debe disponer de los medios pecuniarios y realizar por sí mismo las inversiones que sean menester para la instalación y explotación de su propio negocio, el franquiciante, al tiempo que se expande, evita las cargas de un servicio comercial complejo, que exige una organización, una administración y un control representativos de gastos y desembolsos.

Es el franquiciatario quien debe soportar, en definitiva, los gastos que devenguen la construcción e instalación de su establecimiento, la adquisición de existencia, la preparación técnica y comercial de su personal, el pago de remuneraciones, etc. Esto no excluye, por cierto, la cooperación de parte del franquiciante, pues si un miembro carece de los medios financieros necesarios para instalarse o para explotar adecuadamente su negocio, puede otorgarle créditos, garantizar sus obligaciones o incluso, entregarle un local listo para su explotación.

El franquiciatario debe rembolsar las cantidades que el franquiciante invierta en su

negocio, porque es un comerciante independiente y, como tal, debe soportar en su propio patrimonio los gastos que le origine el ejercicio de su comercio, de la misma manera que recibe las ganancias.

El ahorro de gastos en infraestructura permite a la sociedad extranjera franquiciante concentrar sus capitales en otros conceptos, tales como la búsqueda de franquiciatarios, la investigación de productos y mercados, el desarrollo de programas de promoción a nivel general, etc. todo lo cual beneficia a los contratantes.

d) Conserva su independencia jurídica: se ha venido diciendo que no obstante que el contrato en estudio es una técnica de comercio que, en la hipótesis más frecuente, da lugar a la integración de diversas personas o empresas en una unidad, las mismas no enajenan su independencia jurídica. Según Castillo Ayala, antes citado esto beneficia al franquiciante, principalmente porque: a) evita transferir responsabilidades; b) reduce los inconvenientes de infraestructura; d) obtiene mayor rentabilidad. Para una mejor comprensión se analizan a continuación:

a) Evita transferir responsabilidades: El franquiciante no compromete su responsabilidad por las faltas que el franquiciatario comete durante el desarrollo de su explotación, pues aún cuando está abocado a su misma tarea y vinculado a él por lazos de cooperación y ayuda, no es ni mandatario ni representante suyo. Esta consecuencia es una poderosa arma de autocontrol de la actividad de los miembros y, asimismo, una condición de eficacia de la red, ya que cada franquiciatario consciente de sus responsabilidades, cuidará escrupulosamente de no incurrir en conductas negligentes,

como emplear métodos contrarios a la política del sistema o administrar deficientemente su establecimiento.

El franquiciatario o empresario nacional (mediano o pequeño) sabe que si se aparta de la política del sistema o mantiene una administración deficitaria no puede transferir el peso de su responsabilidad al franquiciante y, además, que se disminuirán sus entradas.

b) Reduce los inconvenientes de infraestructura: El contrato en estudio permite a la sociedad extranjera franquiciante integrar al franquiciatario a un trabajo conjunto y someterlo a sus directivas y paralelamente soslayar los inconvenientes económicos, jurídicos y prácticos que van aparejados en la puesta en marcha de entidades dependientes, tales como filiales, oficinas de venta u otras similares.

c) Obtiene mayor rentabilidad: La rentabilidad que logra el franquiciante surge como corolario de todas las ventajas que se acaban de examinar. Constituye, además, la causa o idea motora del sistema, por cuanto es en vistas a acrecentar su eficacia y beneficios pecuniarios que lo planifica y pone en movimiento.

Este mayor beneficio lo obtiene: en forma inmediata, esto es, a través de las sumas que directamente recibe del franquiciatario por concepto de derecho de entrada y cánones periódicos. En forma mediata, o sea, como resultado exclusivo de la comercialización de sus productos o servicios en forma conjunta con todos los miembros de la red.

Ahora bien, las ventajas que ofrece para las pequeñas, medianas y grandes empresas el llevar a cabo esta moderna contratación mercantil en Guatemala, y poder operar a través de franquicias son las siguientes:

a) Le permite quebrar su aislamiento en el mercado: hoy en día, las entidades dedicadas a la explotación de algún comercio están conscientes del hecho que el éxito implica, así necesariamente, recurrir a la integración o a las agrupaciones. Lo anterior, es más importante para las empresas pequeñas, ya que difícilmente pueden adaptarse a los movimientos de una economía de expansión y en la vía del progreso, que exige, además, una renovación permanente de los materiales y de los métodos de venta, de superficies, de arreglos y medios de publicidad para hacer frente a la competencia.

A través de la franquicia estas empresas pueden quebrar su aislamiento, porque se integran a una unidad que es animada y dirigida por otra que tiene generalmente, un gran poder financiero, una organización actualizada y altamente eficiente y, además, una posición determinante en el mercado por los medios promocionales o campañas publicitarias que la posicionan.

Bajo el rol de franquiciatarios las empresas pequeñas aprovechan todos los beneficios que acarrea la titularidad de una marca que goza de prestigio, notoriedad ante el público, de la experiencia y apoyo del franquiciante. Si se trata de una empresa grande o consolidada en el mercado, al sumar su fuerza ha otra que es ya poderosa, aumenta su tamaño y disminuye aún más sus riesgos de aislamiento.

b) No necesita de grandes inversiones: que el franquiciatario no necesite efectuar grandes desembolsos de dinero para colocar y explotar un establecimiento unido a la red de la franquicia, es el resultado de los ahorros que experimenta al contar con el apoyo y dirección de su contraparte.

Al abrigo de la sociedad extranjera como franquiciante, el franquiciatario, entre otros beneficios cuenta anticipadamente con los datos sobre los cuales debe operar: conoce la estructura y decoración que debe darle a su establecimiento, los métodos de promoción y ventas a usar, las cantidades de dinero que tiene que invertir en edificaciones, bienes de equipo, personal, etc.

Es posible, incluso, que carezca de las sumas necesarias para iniciar su explotación; en tal situación, el franquiciante puede asistirlo, facilitándole directamente las sumas requeridas, o bien, ayudándolo a obtener créditos desde otras fuentes complementarias. Además, como la firma del franquiciante es normalmente conocida, el franquiciatario evita los grandes gastos de publicidad y promoción que debe soportar, por regla general, quien ingresa por primera vez al mercado ello porque el franquiciante se encuentra en una posición dominante.

c) Limita los riesgos de fracaso en el desarrollo de su actividad: apoyado por el sostén de una firma que comúnmente goza de fama y prestigio, el franquiciatario posee mayores posibilidades de éxito que las que se le presentan si decide explotar su comercio solo. Ello se debe, en gran medida, a la personalidad o imagen que la marca, nombre, signo o emblema que la sociedad extranjera proyecta sobre su negocio. Aún

cuando las empresas del franquiciante y del franquiciatario son jurídicamente independientes y autónomas, ante el público sus fronteras se confunden de tal manera, que cada establecimiento aparece como la prolongación de una sola y gran entidad.

Bajo esta situación, el franquiciatario puede aprovechar todo el poder comprador que el franquiciante generalmente ya tiene, porque la clientela se volcará hacia su establecimiento en la certidumbre de obtener un producto o un servicio de calidad reconocida y garantizada. La razón recién anotada es la que determina que el franquiciatario no necesita desarrollar período de lanzamiento alguno al inicio de su actividad, ya que su negocio será reconocido y aceptado desde el mismo día de su inauguración.

Además, hay que considerar que el franquiciante mantiene en forma permanente una intensa campaña de publicidad que aprovecha a toda la red y, asimismo, asiste la promoción de cada franquiciatario en su respectivo punto de venta.

Si el objeto del contrato es la distribución de bienes corporales de fabricación del franquiciante, el franquiciatario cuenta también con una fuente segura y confiable de aprovisionamiento, cosa que es muy importante cuando la provisión en el mercado es dudosa o limitada. Como el aprovisionamiento se hace por regla general, sobre la base de épocas y precios prefijados, el franquiciatario puede, a mayor abundamiento, planificar sus ventas sobre una base estable de costos.

Finalmente, el franquiciatario no solo recibe ayuda financiera, asistencia técnica y de

comercialización de parte de la sociedad extranjera, sino también el respaldo de toda su experiencia. Por ende, cualquier tropiezo o dificultad que sufra o se le presente en la gestión de su negocio tiene mayores posibilidades de ser subsanado si recurre a su franquiciante.

d) Conserva su independencia jurídica: a pesar de que el franquiciatario se somete a las directivas de la sociedad extranjera como franquiciante organiza, administra y comercializa su negocio de acuerdo al tipo establecido por éste, es un comerciante independiente. Esta autonomía lo beneficia principalmente, porque:

-Todos los beneficios resultantes de su esfuerzo personal reeditúan en su propia firma. El franquiciatario sabe que si trabaja con constancia y eficiencia, lo hace para si mismo, porque como dueño absoluto de su negocio tiene derecho a recibir todos los frutos que éste produzca.

Una vez que deduce las sumas que corresponden al franquiciante y las necesarias para solventar sus gastos, se convierte en titular absoluto de las ganancias que arroje el desarrollo de su actividad.

-Como ni él mismo ni su personal están subordinados desde el punto de vista laboral a la sociedad extranjera, psicológicamente se sienten estimulados para desarrollar con mayor dinamismo y eficiencia su propio negocio.

-Puede, en su propia zona, dar cauce a la iniciativa personal y adoptar decisiones. Es

escasamente probable que el contrato y las directivas impartidas por la sociedad extranjera sean suficientes para regular todos los aspectos que pueden presentarse en la actividad de cada miembro de la red; siempre va a existir un margen para la iniciativa individual.

Esto es desde todo punto de vista lógico y conveniente, ya que por un lado, induce a cada integrante a estar a la expectativa y en la búsqueda de nuevas y mejores ideas y por otro, quien conoce el ámbito territorial donde trabaja, los hábitos y gustos de la clientela, su lenguaje, etc., puede adoptar decisiones más adecuadas y convenientes.

e) Obtiene mayor rentabilidad: Cabe señalar aquí lo mismo que se comentó respecto de la sociedad extranjera. Es en el acrecentamiento de la rentabilidad de las firmas participantes en donde se traducen, finalmente, todas las ventajas que arroja la organización formada por el contrato de franquicia.

En lo que concierne al franquiciatario, se puede decir que los mayores beneficios económicos que logra tienen por causa fundamental su integración a una unidad económica que le da la posibilidad de ejercer en el mercado una presencia que muy difícilmente puede conquistar en forma individual.

En este sentido, cabe abundar que la actividad del franquiciatario responde a una finalidad económica que sobrepasa su interés personal, porque en la medida que aumente su potencialidad beneficia al conjunto de la red. Por lo tanto, la idea de cooperatividad ínterempresas se traduce también en la rentabilidad recíproca.

Analizadas las ventajas que proporciona la franquicia tanto al país como a los interesados así como las bases doctrinarias, hay que analizar a continuación cuales son las condiciones jurídicas que deben observar las sociedades mercantiles extranjera para operar por franquicias en Guatemala.

En Guatemala, la única norma jurídica que regula la franquicia comercial es la Ley de Propiedad Industrial Decreto 57-2000 del Congreso de la República, específicamente el Artículo 45 que indica: “el contrato de licencia de uso de marca permite al titular el derecho sobre una marca registrada y a la vez poder conceder la licencia a un tercero para usarla...” como se aprecia, el contrato de licencia tiene un contenido que lo aparta del contrato de franquicia, lo que no impide que vayan juntos, en virtud de que la franquicia otorga no solo el derecho de marca, si no que también brinda asesoría contable, jurídica, financiera, secretos industriales etc.

Aún con esta norma, la franquicia sigue siendo un contrato atípico en virtud de que la legislación lo equipara a un contrato de licencia de uso de marca y como se vio la franquicia incluye otros aspectos, si bien es cierto se hace mención de la franquicia no es desarrolla íntegramente como por ejemplo la legislación Mexicana o Argentina.

Ahora bien, el Artículo 46 del mismo cuerpo legal en el último párrafo regula que: “en lo que se refiere a la materia regulada por esta ley, los contratos de franquicia también se regirán por las disposiciones de este capítulo.” Por lo tanto, la franquicia en Guatemala es equiparada a un contrato de licencia de uso de marca, es así que cuando se celebre un contrato de franquicia y en ella se otorgue la marca, para efectos de la inscripción de

la licencia de uso de marca, será suficiente que el solicitante presente la parte del contrato que se refiere a la licencia o un resumen de ésta.

Siempre el Artículo 46 de la ley citada en el primer párrafo establece que: “No se exige inscribir las licencias de una marca para establecer la validez de la licencia, para afirmar los derechos sobre una marca o para otros efectos. Pero si se elige inscribir la licencia de uso, la solicitud podrá ser presentada por el titular de la marca o por el licenciataria”, ese resumen comprende los siguientes requisitos: a) el nombre, razón social o denominación del propietario y del licenciataria y su domicilio; b) la marca o marcas objeto de la licencia e indicación de sus registros; c) el plazo de la licencia; d) indicación de si la licencia es exclusiva o no, y las condiciones, pactos o restricciones convenidas con respecto al uso de la marca.

A la solicitud deberá acompañarse una copia del contrato de licencia o un resumen del mismo, firmado por las partes, que contenga la información a que se refiere el párrafo anterior, y el comprobante de pago de la tasa correspondiente.

Si la solicitud cumple con los requisitos legales, el Registro de la Propiedad Intelectual a través del departamento de marcas, dictará resolución ordenando que se haga la correspondiente anotación en los registros y en las solicitudes de las marcas afectadas.

Posteriormente emitirá un edicto que deberá publicarse a costa del interesado una vez en el Diario Oficial, cuando se haya realizado la publicación el Registro de Marcas entregará al interesado una certificación que acredite la inscripción.

Ya establecidas cuales son las ventajas que ofrece esta forma de contratación, y sentadas las bases doctrinarias y jurídicas hay que determinar finalmente, como las franquicias resuelven los tres principales problemas que determinadas empresas enfrentan para crecer. En ese sentido, José Fernández manifiesta que: “no importa si se habla de la Toyota en Japón o de la heladería de cualquier centro comercial en Guatemala y que hacen precisamente de este sistema comercial el de mayor éxito en la historia para el desarrollo de los negocios”.⁴²

Por lo tanto, los principales problemas que se resuelven son: primero la falta de recursos económicos para la expansión, nunca hay suficiente dinero para crecer todo lo que se desea o lo que el negocio puede dar, en una franquicia el financiamiento proviene de los inversionistas franquiciados, por lo que no se hace necesario volver a invertir en unidades propias.

El segundo problema es el recurso humano, ya que cada franquiciado contrata y administra su propio personal reduciendo entonces pasivos laborales para el franquiciante, pero al mismo tiempo hace eficiente los procesos y costos porque siempre es mucho más efectivo administrar una base de 10 empleados que una de mil.

La tercera solución que brindan las franquicias es la de tomar mercados y capitalizar oportunidades que de otra forma serian muy difíciles o imposibles para un negocio independiente, porque difícilmente puede reaccionar con la misma rapidez que una franquicia, ya que para poder hacerlo deben, no solo invertir sino buscar la gente y

⁴² Fernández, José. **Ibíd.** Pág. 25

capacitarla, todo esto representa un tiempo precioso y los mercados se ganan por oportunidad.

4.4 Resolución de controversias

En la legislación mercantil guatemalteca y específicamente con las reformas que se implementaron por la vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, el Artículo 291 del Código de Comercio establece primordialmente que la resolución de controversias se llevara a cabo a través del arbitraje.

En la contratación mercantil atípica es usual que se pacte una cláusula compromisoria en la cual las partes en un contrato establecen que en caso de que surja un conflicto, estos serán tramitados y resueltos a través del arbitraje, conciliación o mediación. Según Osvaldo Marzorati argumenta que: “Para limitar sus riesgos y su inseguridad, así como para mitigar, de alguna manera, los inconvenientes provocados por las dificultades de calificación de los contratos de negocios, es frecuente que las partes pacten el arbitraje como forma de solución de los conflictos que se susciten durante el transcurso de su vinculación comercial”.⁴³

Finalmente, cuando el contrato de franquicia se ejecuta en un país distinto al de la sociedad extranjera franquiciante (pues no existe limitación para que se diera dentro de un mismo país), dadas las relaciones complejas que se dan en este negocio, el

⁴³ Marzorati, J. Osvaldo. **Derecho de los negocios internacionales**. Pág. 12

franquiciante deberá estudiar el ordenamiento jurídico del país receptor, con la colaboración del franquiciado, a efecto de establecer los términos contractuales que se afecten por leyes laborales, fiscales, de protección de propiedad industrial y de solución de conflictos entre los contratantes.

CONCLUSIONES

1. En el año 2008 en el Registro Mercantil se inscribieron; 19 sociedades extranjeras y en el año 2009 únicamente 12 sociedades efectuaron dicho trámite. Por lo tanto, se denota una baja del 25 por ciento que evidencia el poco interés por iniciar operaciones en el país.
2. Durante el año 2009 Guatemala pasó a tener 300 cadenas de franquicias operando en el país, incrementándose por lo tanto en un 10 por ciento respecto del año 2008, esto evidencia cómo el sistema de franquicias se expande en el mercado guatemalteco.
3. El 95 por ciento de los negocios que operan en los centros comerciales del país lo hacen a través del sistema de franquicias, ya que la franquicia se ha constituido como una alternativa para expandirse en el mercado guatemalteco.
4. En el presente trabajo se descubrió que las sociedades extranjeras franquician en Guatemala en tiempos de crisis porque no necesitan grandes inversiones de capitales para iniciar operaciones en esta región.
5. Según esta investigación, cuando una sociedad mercantil extranjera decide franquiciar, evita costos operacionales, infraestructura, estudios de factibilidad,

pasivos laborales, en cambio de cierta forma se aprovecha del mercado guatemalteco

RECOMENDACIONES

1. Que el Ministerio de Economía estimule la inversión económica con el objetivo de buscar que el capital que se paga por cada franquicia contribuya a la economía del país y que no sea solo de beneficio para el franquiciante.
2. Que el Ministerio de Economía adopte un programa de franquicias y así contribuir a la transformación de las pequeñas y medianas empresas del país en modelos franquiciables, cuyos objetivos serían el acceso a la financiación, los servicios de consultoría, la promoción al modelo de negocios extranjeros franquiciables y una mayor seguridad jurídica.
3. Que el Organismo Ejecutivo a través del Ministerio de Economía, elabore un marco jurídico y lo presente como proyecto de Ley al Congreso de la República de Guatemala, regulando la franquicia comercial, para que sea un contrato típico, pero respetando la libertad de forma, con ello se dotaría de seguridad jurídica plena a todos aquellos negocios que operan en el país
4. Que la Cámara de Comercio de Guatemala promueva la creación de un programa nacional e internacional de franquicias, esto pondría al alcance de los empresarios guatemaltecos la posibilidad de emprender un negocio franquiciado a través de créditos, con el objetivo de que el nivel de crisis no impacte a los empresarios, fomentando el interés para que Guatemala pase a ser un país franquiciante.

5. Que el Ministerio de Economía de intervención a la Asociación guatemalteca de franquicias para que emita un dictamen correspondiente, ello con el objetivo de resguardar la seguridad jurídica y económica del empresario nacional, así como evaluar la confiabilidad de dicha sociedad extranjera, con el objetivo de que el proceso sea ágil, de reducción de costos y trámites administrativos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **La sociedad anónima**. 1ª.; Ed., Guatemala. Ed. Serviprensa S. A. 2003
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y Gracias Gonzáles, José Antonio: **El notario ante la contratación civil y mercantil**, 2ª.; Ed., Guatemala. Ed. Estudiantil Fénix, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2007.
- BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Derecho e informática**. 1ª.; Ed., Guatemala. Ed. Mayte. 2005.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, 27ª. Ed., Buenos Aires, Argentina. Ed, Heliasta S.R.L 2005
- CASTELLANOS VANEGAS, Estuardo, Entrevista realizada el 20 de abril de 2009.
- CASTILLO AYALA, Edgar Armindo, Entrevista realizada el 16 de octubre de 2008.
- FERNANDEZ JOSE. **De crisis y franquicias**. Pág. 25. Prensa Libre (Guatemala) Sección negocios. Año LVIII, no. 19140 (sábado 18 de octubre de 2008)
- FERNÁNDEZ, José. **Franquiciar cuando hay recesion**. Publicación de Prensa libre. Sección negocios. Año LVIII, 19,140. 6 de septiembre. 2008
- FERNÁNDEZ, José. **Mal año para invertir en franquicias**. Publicación de prensa libre. Sección negocios. Año LIX No. 19,687 21 de febrero de 2009.
- GUYENOT, JEAN. **La franchise commerciale en revue trimestrielle de droit commercial**. Ed. Jurídico de Chile. 1973
- LÓPEZ SANTA MARIA, Jorge. **Las nuevas figuras contractuales**. Ed. Valparaíso, de Chile 1971.
- MALDONADO CALDERÓN, Sonia: **Contrato de franchising**, Chile, Ed. Jurídica de Chile. 1994
- MARZORATI, Osvaldo S. **Sistemas de distribución comercial**, Buenos Aires, Ed. Astrea. 1992
- MENDEZ CASTEJON. Mario Adolfo. **Los actos de comercio en el derecho mercantil**. Tesis de Graduación. 2007
- OLAVARRIA, Julio. **Manual de derecho comercial**. Tomo I Ed. Santiago de Chile. 1983

RUIZ PERIS, Juan Ignacio: **El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia** Madrid, España, Ed. Civitas. 1991

Sucursales o franquicias. Pág. 25. Prensa libre (Guatemala). Sección negocios. Año LVIII, no 19,140 (sábado 16 de febrero de 2008)

VILLEGAS LARA, Rene Arturo: **Derecho mercantil guatemalteco;** 1t. 3t. Ed. Universitario, 6ª. Ed.; 2004

VILLEGAS, Carlos Gilberto: **Derecho de las sociedades comerciales,** Buenos aires, Argentina, Ed.; Abeledo-Perrot. 1996.

ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil.** Ed. Tipografía Nacional. Pág. 32. 1979

Legislación:

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

Código de Comercio de Guatemala Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Civil de Guatemala. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 106

Código de Notariado Decreto Número 314 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Propiedad Industrial Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos Decreto Número 33-98 del Congreso de la República de Guatemala.