

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA: EL CONTRATO DE FRANCHISING

**RESUMEN:** el presente informe presenta un análisis sobre el tema de Franchising desde el punto de vista doctrinario, desarrollándose su definición, elementos, características y modalidades principales, se incorpora la normativa aplicable a este tipo de contrato atípico y se adjunta la jurisprudencia reelevante sobre el tema

## Índice de contenido

1 DOCTRINA.....	2
a) Sobre los contratos atípicos en general.....	2
Contratos Atípicos o Innominados.....	2
Generalidades de la contratación atípica.....	3
La contratación atípica en Costa Rica.....	7
a) Definición de Franchising.....	10
b) Elementos del Franchising.....	10
c) Elementos alternativos.....	11
a- Compromisos de asistencia financiera.....	12
b- Calidad de suministros.....	12
c- Publicidad.....	12
d- Cláusulas de no competencia.....	12
e- Compras de bienes y/o servicios.....	13
f- Confidencialidad.....	13
d) Características.....	13
Autonomía.....	13
Cooperación.....	13
De Adhesión.....	14
Consensual.....	14
Sinalagmático o Bilateral.....	14
Oneroso.....	15
Uniforme.....	15
e) Modalidades del Franchising.....	15
"FRANCHISING" DE DISTRIBUCIÓN.....	15
"FRANCHISING" INDUSTRIAL (o DE PRODUCCIÓN).....	15
"FRANCHISING" DE SERVICIOS.....	16
f) Otros Criterios para la definición de tipos de Franchising.....	16

Franchising de aprovisionamiento exclusivo a favor del Franchisor.....	16
Franchising en atención a la exclusiva territorial del franchisee.....	16
Exclusiva territorial convencional: .....	17
Exclusiva territorial convencional OPERATIVA (restrictiva): .....	17
2NORMATIVA.....	18
a)Código Civil.....	18
ARTÍCULO 692.-.....	18
ARTÍCULO 701.....	18
ARTÍCULO 702.....	18
ARTÍCULO 703.....	18
ARTÍCULO 704.....	18
ARTÍCULO 705.-.....	19
ARTÍCULO 706.....	19
ARTÍCULO 707.....	19
ARTÍCULO 1023.....	19
b)Código de Comercio.....	21
ARTÍCULO 425.....	21
3JURISPRUDENCIA.....	21
a)Concepto de Franquicia y distinción con el contrato de distribución.....	21

## 1 DOCTRINA

### *a) Sobre los contratos atípicos en general*

#### **Contratos Atípicos o Innominados**

[CORDERO FALLAS]<sup>1</sup>

En los tiempos modernos hemos visto una gran cantidad de cambios, motivados principalmente por la adopción mundial del concepto globalizador, que generan con mayor amplitud y frecuencia, la aparición, entre otras, de: Tecnologías innovadoras, ampliación de mercados, comunicaciones más eficaces y rápidas, que propician inevitables cambios en los estilos de vida de las personas y, consecuentemente, en sus interacciones. Este hecho provoca, a su vez, el nacimiento de una mayor cantidad de vínculos contractuales no previstos en los textos jurídicos tradicionales. La utilización, por parte del derecho, de nuevas figuras contractuales que regulen esas relaciones, se hace indispensable,

de ahí la utilización cada día más generalizada, de la llamada contratación atípica o innominada.

"La complejidad del mundo actual, la evolución tecnológica, el mayor confort al que en una medida u otra todos aspiramos, el transporte, la información, la cultura, los libros, los viajes, el turismo, etc., todo implica la presencia de una empresa que los produce y los vuelca al mercado masivamente". [i]

### **Generalidades de la contratación atípica**

No es una invención contemporánea, tiene su origen en el Derecho Romano donde, en sus primeras manifestaciones, no se le daba mayor importancia, ya que para los romanos de la época, solo era relevante aquel contrato regulado por la ley. Posteriormente, le dieron un tratamiento más amplio, llegando incluso a aceptar el criterio, de que la ejecución voluntaria del convenio (contrato innominado) por una de las partes, constituía causa suficiente para obligar de forma civil a la otra. En la actualidad el aporte de la globalización en favor de estos contratos, es haber acelerado y masificado su uso.

"Conforme destaca Messineo, el contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que al contrario, está en constante movimiento y evolución (p.ej., de la venta se ha desprendido el suministro; de la locación se ha destacado el arriendo de cosas productivas; del mutuo ha surgido la apertura de crédito, el anticipo y el descuento, etcétera). A las formas tradicionales (y en cierto sentido, arcaicas) de origen romanista, se van agregando figuras contractuales que son el resultado de la vida económica moderna..." [ii] .

Hoy se tiende a utilizar de forma generalizada el concepto de "contratos atípicos" en vez de "contratos innominados", pues modernamente no interesa tanto que los contratos tengan denominación o carezcan de ella, lo relevante es si están o no regulados por ley.

Los contratos atípicos son aquellos nacidos a la vida jurídica

motivados por la libertad de contratación y que no están regulados expresa, completa y unitariamente en la ley.

Al respecto el autor GASTALDI, dijo [iii] :

" 1) si el contrato no cuenta con una expresa regulación completa en la ley, en forma específica o por remisión (aún parcial) será atípico, como ocurre con el contrato estimatorio, Y 2) no basta que todos los elementos estén previstos en diversas figuras, para tener al contrato como típico, sino que, para otorgarle esta calificación, la regulación debe ser unitaria, y encuadrar todos sus elementos en un solo contrato típico. En caso contrario, será uno atípico, como por ejemplo, el "alquiler de cajas de seguridad".

Puede decirse, que la regulación normativa delega en los sujetos privados (autonomía de la voluntad), la posibilidad de adoptar sus iniciativas contractuales, como una de las mejores soluciones a efecto de que puedan cumplir más eficazmente sus fines y metas, sin tener que recurrir a las figuras contractuales tradicionales que les podrían acarrear mucha rigidez en su cotidianidad. Claro está, tal delegación no es indiscriminada, pues tiene que supeditarse a los controles, límites racionales y morales de la misma normativa legal (moral, buenas costumbres, buena fe y del orden público).

Los contratos atípicos, aún y cuando no están regulados de manera expresa por ley, deben tener, además de la tipicidad social, entendida como su identificación en virtud del uso repetido y generalizado, una motivación suficiente que permita considerarlos socialmente importantes y productivos.

"...estos contratos no constituyen una creación original de las partes singulares que lo celebran; la costumbre les ha ido otorgando una fisonomía propia, y las partes, al celebrarlos se someten a su disciplina". [iv]

Existen circunstancias, en que las partes acuerdan, dentro de un contrato típico, el establecimiento de una o varias cláusulas subordinadas, de carácter atípico. Esta decisión, accesoria, no basta para provocar la pérdida del contrato típico, su fisonomía y

carácter, pues no es suficiente para afectar o modificar su causa típica. Por el contrario, es necesario aplicar a dichas cláusulas atípicas, las normas correspondientes al mismo contrato típico al que están subordinadas. No obstante, si existen modificaciones sustanciales, que excedan cierto límite y que provoquen la creación de otro esquema distinto de los existentes, y que signifiquen, en consecuencia, una deformación categórica del contrato típico, nos hallaremos entonces ante un contrato atípico.

Doctrinariamente, se han hecho varias clasificaciones para entender la contratación atípica, pero destaca la del autor JUAN MANUEL FARINA, quien hace referencia a dos:

-Contratos innominados con tipicidad consuetudinaria (o social), regidos por las normas y criterios dados por los usos, costumbre, jurisprudencia y doctrina jurídica. No se pueden concebir como una creación antojadiza o discrecional de quienes lo celebran, por el contrario, es la propia costumbre la que le ha dado una fisonomía particular, que permite que las partes se sometan a su disciplina, y en caso de conflicto, en el supuesto de insuficiencia de documento escrito, el intérprete debe acudir a los usos y costumbres.

-Contratos innominados sin tipicidad social, en los cuales se aplica el criterio de la analogía, es decir, se acude a la figura contractual de mayor semejanza para su comparación.

El empleo de los usos y costumbres para la interpretación de los contratos atípicos es de gran importancia, pues además de presentar mayor flexibilidad que las propias leyes, constituyen derecho objetivo, al cual nos podemos remitir para su delimitación. Estos dos conceptos se relacionan íntimamente con la denominada "causa" de los contratos atípicos.

En los contratos típicos la "causa" está fijada por ley; por el contrario, en los atípicos, por la costumbre, por las partes o por los usos. Así, se dice, que de la atipicidad de la causa depende la atipicidad del contrato.

Un contrato siempre debe tener una causa, estructuralmente no se concibe sin ella. Ahora, si las partes lo realizan sin una causa,

es decir, desviándose de la función económica y social a la cual está supeditado, se entenderá que es improductivo de efectos, pues va dirigido a una finalidad distinta de la que admite el ordenamiento jurídico. Es por este motivo, que no es suficiente recurrir al nombre que las partes o la práctica asignan al contrato, se debe además investigar y analizar su contenido con el propósito de identificar su causa, la cual nos permitirá delimitar, en qué tipo de contrato nos encontramos (típico o atípico), y seremos capaces de dilucidar cuáles normas son las aplicables en caso de conflicto. Se puede decir que el contrato atípico debe tener una causa o fin merecedor de tutela jurídica; al respecto, el autor AUGUSTO MORELLO [v] ha dicho que para este tipo de contratos es conveniente disciplinar:

“...ciertos principios compartidos que contengan guías flexibles y pautas de interpretación a fin de que haciéndose cargo de sus características diferenciadoras, permitan al operador jurídico una toma de posición más efectiva (realista y segura), durante las fases de desarrollo y ejecución en el tráfico moderno”.

A los contratos atípicos (al igual que los típicos) se les aplican, también, los principios de la buena fe y la teoría del abuso del derecho, por lo que el intérprete tiene que investigar cuándo, bajo la apariencia de un contrato atípico, se pretende simular uno típico, pues hay una marcada tendencia a disfrazar contratos, con fines impositivos [vi] , o bien, para eludir responsabilidades. No obstante, con el fin de lograr resultados coherentes con este hecho, es necesario crear cláusulas que terminan desnaturalizando la figura del contrato típico elegido, y es ahí donde el intérprete debe poner especial atención a efecto de determinar lo realmente querido por las partes, es decir, la causa del contrato.

Es preciso tener presente que la creación y adopción de nuevas figuras contractuales (atípicas) que faciliten y concuerden con los cambios modernos, es ilimitada, pero deben basarse en los principios constitucionales, normativa vigente, usos y costumbres, que integran el Estado de Derecho en el que vivimos.

Cabe advertir, que muestran un especial auge en el derecho comercial, pues los constantes cambios han propiciado que los comerciantes hayan tenido que ir adoptando y creando sus propias figuras legales (sobre la base de los usos y costumbres), para

regular sus actividades comerciales en todos aquellos casos en que la legislación típica resulta insuficiente o imposibilitada, para solucionar los nuevos problemas suscitados en la intensa actividad comercial.

Los contratos atípicos tienen, básicamente, la misma naturaleza jurídica que los típicos, por lo que son convenciones reconocidas por la ley como creadoras de efectos jurídicos. A ambos se les aplican (principio de seguridad jurídica) los mismos requisitos y principios estipulados para la materia contractual en general, pero difieren, claro está, en su estructura, aplicación y definición particular.

### **La contratación atípica en Costa Rica**

En nuestro país, los contratos atípicos suman un número superior al de los típicos, previstos en los códigos Civil y de Comercio y en leyes especiales. Se fundamentan constitucionalmente en el llamado "principio de libertad", dispuesto en el Artículo 28 de la Constitución Política (que junto al principio de propiedad privada, Artículo 45 y al de libertad de empresa, Artículo 46, dan paso a su vez al de "libertad de contratación), según el cual, las personas privadas pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíba. Más aún, la Sala Constitucional en su voto número: 636-98, amplió ese concepto al llamarlo "Sistema de libertades" y dice: "Según éste, ya el ser humano, no solo puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que tiene también la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad...". Claro está, es una libertad no irrestricta, pues dicho "sistema de libertades" debe entenderse en el contexto de aquellas acciones privadas (por ejemplo: objeto y causa de un contrato atípico), que no dañen la moral, el orden público, las buenas costumbres, y que no perjudiquen a terceros, solo así se pueden dejar fuera de toda posible acción en su contra; incluso de la propia ley. A contrario sensu, se le permite al legislador incursionar únicamente en la regulación (restricción) de las acciones privadas que puedan dañar la moral, el orden público o los derechos de terceros; restricciones que deben ser: necesarias, útiles, razonables, oportunas y contener la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente [vii] . De igual forma deben aplicarse estas consideraciones a todo lo relativo a las restricción de las libertades contractuales.

En cuanto al contenido del "principio constitucional de libertad de contratación", la Sala Constitucional lo ha demarcado en cuatro elementos:

"a) La libertad para elegir al cocontratante; b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta; c) La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación; d) El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato... [viii] ".

También se puede añadir, como complemento de lo anterior, el uso del principio de buena fe, la intencionalidad en su celebración de contraer un vínculo jurídico, no ser contrarios a las leyes, y en general el aplicar todos los principios concernientes a la materia contractual. No se puede excluir, como se expuso líneas atrás, la importancia del empleo de los usos y costumbres en la conformación, interpretación y limitación de los contratos atípicos.

El Código Civil nacional no hace referencia expresa -al igual que para los contratos típicos- a la figura de contrato atípico [ix] ; su Artículo 632 dice:

"ARTÍCULO 632.- Las causas productoras de obligaciones son: los contratos, los cuasi-contratos, los delitos, los cuasi-delitos y la ley".

Asimismo, tal y como lo expone el autor BAUDRIT CARRILLO [x] : "El modelo del Código Civil costarricense, el Código Civil francés, define al contrato como "convención por la cual una o varias personas se obligan a dar, hacer o no hacer algo, a favor de otro u otros". Con ello, ese texto recoge la definición propuesta por POTHIER. El contrato, para esa corriente doctrinal y legislativa,

es una convención, es decir un acuerdo”.

Como se dijo, a los contratos atípicos se les aplican las mismas características y principios contractuales que dispone la ley para los típicos, dentro de los que destacamos, además de los vistos, entre otros: a-) el contrato es Ley entre las partes (Pacta Sunt Servanda), principio dispuesto en el Artículo 1022, del mismo Código Civil. b-) Su fase de perfección está igualmente determinada por el acuerdo de voluntad de las partes que constituye el nacimiento del contrato a la vida jurídica, acuerdo de voluntad que puede darse tanto en contratos civiles (Artículo 1011 Código Civil) como en contratos mercantiles (Artículo 442 Código de Comercio). c-) Su consumación significa el fin del periodo por el cual el contrato ha sido celebrado y para lo cual se aplica el Artículo 692 del Código Civil, en cuanto a la ejecución o cumplimiento y el incumplimiento de la prestación, con la consecuente posibilidad de la ejecución forzosa, resolución contractual y la responsabilidad civil por daños y perjuicios (de tipo material). d-) En cuanto a los elementos (esenciales, naturales y accidentales) y requisitos del contrato, se aplican los mismos Artículos 1007 y 627 del Código Civil, es decir: capacidad de las partes, objeto o cosa cierta, causa (con el matiz expuesto líneas atrás), consentimiento, condición, término y modo [xi] ; además de los principios de irrevocabilidad del contrato - salvo por el mutuo consentimiento y acuerdo de los contratantes, o la presencia en él de una cláusula de rescisión unilateral - y la ejecución de buena fe, que constituye un principio general de derecho y como tal, se incorpora a cualquier contrato.

Para finalizar este trabajo, es menester hacer dos observaciones:

A-) Debe tomarse en consideración que, además de lo expuesto en este trabajo, existen un sinnúmero de figuras contractuales de este tipo, tales como: leasing, factoring, franquicia, tarjetas de crédito, informáticos, servicios profesionales o de consultoría, managment, viaje y turismo, joint venture, country club, tiempo compartido, para citar solo unos pocos; que implican, una investigación individualizada de cada uno de ellos, dada sus características particulares.

B-) El ordenamiento jurídico costarricense, no ha escapado, a la tutela de la utilización masiva de la contratación atípica en las relaciones interpersonales. Para ello, no ha sido necesaria la

existencia de una norma expresa, que la regule. Lo anterior no quiere decir, que no pueda pensarse en la creación de una ley, que en virtud del Principio de Seguridad Jurídica, exponga y regule de forma general, el concepto y los principios en los que se fundamenta.”

**a) Definición de Franchising**

[FUENTES Y JIMENEZ]<sup>2</sup>

“El contrato de franchising es un negocio jurídico en virtud del cual dos sujetos empresariales jurídicamente independientes, programan intereses futuros e interrelacionados; de ejecución.”

[KLEIDERMACHER]<sup>3</sup>

“El concepto de franquicia comercial, o franchising dista mucho de ser nuevo en el mundo jurídico, y más añejo resulta aun en su aspecto comercial.

Si bien registra antecedentes ya a comienzos de nuestro siglo, hace más de cuarenta años que viene siendo utilizado en su versión contemporánea en los Estado Unidos de América, y la eficaz propagación que ha tenido en muchísimos países da pruebas del exitoso desarrollo de esta modalidad empresarial en los negocios de distribución de bienes y servicios. Ello, hasta tal punto, que su evolución dio lugar al estudiar su fenómeno, a que se acuñara en las revistas especializadas, el concepto de Franchising Boom.

En definitiva, el franchising surge como una modalidad negocial independiente a partir de la yuxtaposición progresiva de particulares métodos, prácticas, costumbres, usos y técnicas comerciales.”

**b) Elementos del Franchising**

[KLEIDERMACHER]<sup>4</sup>

“Entre los elementos más comunes que configuran el franchising, la doctrina internacional ha encontrado los siguientes:

a) La propiedad, por parte de una persona, de un nombre, una idea, un proceso o procedimiento secreto, una pieza de un equipo especializado y el know how asociado e involucrado en todos ellos. También se adiciona a estos elementos la popularidad (goodwill) de que gozan en su medio, algo así como el valor llave de un fondo de comercio.

b) La cesión de una licencia por parte del propietario, a nombre de otra persona, permitiendo el uso de tal nombre, idea, proceso o equipo, y el know how y la popularidad involucrados en estos conceptos. Esta cesión implicará necesariamente la existencia de una relación contractual.

c) La inclusión en el acuerdo de cesión de licencia de regulaciones y controles por parte del licenciatario relacionados con la operación del negocio.

d) El pago de un royalty o regalía por los derechos cedidos u otras contraprestaciones por todo otro servicio que el licenciatario proveerá al licenciado; o aun, el pago por abastecimiento de mercaderías o productos en exclusividad.

Estos elementos básicos son los que siempre serán encontrados cuando estemos en presencia de un negocio de franchising. Sin embargo, el franchising ha evolucionado tanto hasta la fecha que prácticamente cada nuevo acuerdo de franquicia podrá parecer una figura contractual diferente.

Es por ello que cada contrato formal, cada caso particular, constituirá un tratado independiente que redescubrirá la relación del franchising punto por punto, marcando los propios distinguos en el afán de describir lo más puntillosamente posible las características inherentes al del negocio en desarrollo.”

### **c) Elementos alternativos**

[SOLÍS VIQUEZ Y ZÚÑIGA CAMPOS]<sup>5</sup>

“Además de estos elementos básicos, existen otros que generalmente están presentes y que completan la caracterización del contrato.

**a- Compromisos de asistencia financiera.**

El franquiciante, habitualmente no compromete capital propio en el negocio franquiciado, pero sí lo asesora y, muy a menudo, lo vincula con un banco o entidad financiera, cuyo respectivo departamento le provee recursos financieros por el equipamiento de la franquicia o para concretar la adquisición de ésta.

**b- Calidad de suministros.**

El franquiciado debe cumplir con todos los modelos establecidos, de modo que asegure la imagen y la calidad del negocio del franquiciante. Por eso, además de estipularse en el contrato la apariencia física de los locales, el uniforme de los empleados y su calificación, la calidad y especificaciones del producto vendido, es necesario establecer pautas rígidas sobre los suministros o insumos que hacen al producto o servicio franquiciados.<sup>42</sup> El franquiciante tiene un derecho de control sobre el cumplimiento de tales especificaciones, con el fin de asegurar el éxito de la operación.

**c- Publicidad.**

La imagen y la presencia del franquiciante dependen, en gran medida, de la publicidad y de las relaciones públicas que lo promueven. El contrato de franquicia, generalmente, establece qué publicidad estará a cargo del franquiciado y del franquiciante así como, también, la que estará a cargo conjuntamente de todos los franquiciados de una misma región.

Muchos franquiciantes acumulan un fondo junto con el franquiciado, para el financiamiento tanto a nivel nacional como internacional, de campañas de publicidad que beneficiarán toda la red.

**d- Cláusulas de no competencia.**

El franquiciante tiene interés en que se introduzcan en el

contrato cláusulas de no competencia, que significan que el franquiciado no ingresará en negocios competitivos durante el término de la franquicia y por un período posterior a su finalización.

**e- Compras de bienes y/o servicios.**

Es común que se pacten restricciones a las compras de bienes o servicios que puede hacer el franquiciado como, por otra parte, el compromiso de este último de adquirir una cantidad mínima de productos.

**f- Confidencialidad.**

Existe una obligación de reserva o secreto, puesto que el franquiciado tendrá acceso a la información confidencial del franquiciante en lo que hace a administración empresarial y prácticas operacionales que hayan sido desarrolladas por éste y que no pueden ser reveladas a terceros, aun por un plazo razonable posterior a la conclusión del contrato."

**d) Características**

[GONZALEZ SABORÍO Y MONCADA JIMENEZ]<sup>6</sup>

"No existe uniformidad de criterios sobre las características que reúne la franquicia. Sin embargo, retenemos como las más importantes:

**Autonomía**

El franquiciado desempeña sus funciones con independencia, esto porque no se trata de una relación de subordinación jurídica. Esta propiedad es una de las principales, en la medida que su ausencia significa la inclusión obvia y explícita en una relación de naturaleza laboral.

## **Cooperación**

En la franquicia existen prestaciones recíprocas, los intereses de las partes no se excluyen, por el contrario, implican una forma de colaboración continua, ya que el éxito de una de las partes, depende del éxito de la otra.

## **De Adhesión**

El franquiciado tendrá menos poder de discusión que el franquiciante sobre cada una de las cláusulas, porque este no querrá alterar la uniformidad del sistema. El primero tendrá la facultad de aceptarlo o no, pero si lo acepta, será difícil la discusión de cada una de las cláusulas que lo integran.

## **Consensual**

El hecho de que la franquicia sea adhesiva (que el franquiciante tenga más poder que el franquiciado), no implica que esta figura no reúna la característica de consensualidad, ya que ambas partes deben manifestar su consentimiento de formar parte del contrato de manera expresa. El franquiciante acepta transferirle al franquiciado el derecho de explotación y comercialización del paquete de franquicia y, este último consiente en seguir todas las instrucciones que el franquiciante le da para dicha explotación.

## **Sinalagmático o Bilateral**

Ambas partes tendrán derechos y obligaciones, cada uno de los contratantes tendrá una prestación que cumplir al otro y a su vez tiene derecho de recibir una prestación de la otra parte. El determinar la bilateralidad en un contrato de franquicia es importante porque éstos son "los únicos en los que encuentra aplicación la resolución (como sanción al incumplimiento, que consiste en la supresión o aniquilamiento de los efectos del contrato) y la excepción de contrato no cumplido (que es la autorización legítima para dejar de cumplir las obligaciones

contractuales en presencia de un incumplimiento grave imputable a la otra parte.

### **Oneroso**

Los sujetos de la relación buscan obtener el mayor beneficio económico. No obstante, existen opiniones que difieren de la característica en estudio y estas personas citan el caso de las cooperativas, las cuales, al actuar sin fin de lucro, deben reinvertir obligatoriamente las regalías y ganancias que obtengan de la franquicia, en campañas publicitarias y proyectos especiales.

### **Uniforme**

Consiste en la necesidad de mantener una identidad absoluta en relación con todos los niveles de la franquicia. Esta característica debe darse tanto en la uniformidad del producto como en su calidad, que es lo que capta la atención del público hacia las franquicias que lo comercializan."

### **e) Modalidades del Franchising**

[Kahn]<sup>7</sup>

### **"FRANCHISING" DE DISTRIBUCIÓN**

Permite la venta de un bien o de un conjunto de bienes a través de la cadena de franquiciados. En cuanto al franquiciante, éste puede cumplir dos funciones:

- a) La de distribuidor y frecuentemente central de compras o de referenciamiento para sus franquiciados (p.ej., supermercado en franquicia).
- b) La de productor, quien a través de sus franquiciados tratará de vender su producción (pret-à-porter, cosmética, etcétera).

**"FRANCHISING" INDUSTRIAL (o DE PRODUCCIÓN)**

Este ha sido definido por la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea como "un contrato en virtud del cual un franquiciado fabrica él mismo, de acuerdo a las indicaciones del franquiciante, productos que vende bajo la marca del franquiciante" (p.ej., fabricación de bebidas gaseosas, fabricación de productos lácteos, etcétera).

**"FRANCHISING" DE SERVICIOS**

El concepto que se franquicia es la prestación de uno o más servicios a profesionales o a consumidores (estética, peluquería, alquiler de autos, hotelería, etcétera)."

***f) Otros Criterios para la definición de tipos de Franchising***

[SOLÍS VIQUEZ y ZUÑIGA CAMPOS]<sup>8</sup>

**Franchising de aprovisionamiento exclusivo a favor del Franchisor**

"En esta modalidad puede darse el exclusivo aprovisionamiento de manera propia ó impropia.

Propia, cuando el franchisee sólo puede vender productos o servicios del franchisor (bienes y servicios sólo dados en el aprovisionamiento).

Por su parte será IMPROPIA, cuando el franchisee no esté obligado a vender exclusivamente los bienes dados en el aprovisionamiento por el franchisor; siempre y cuando no introduzca el franchisee bienes puestos a la venta por él, que sean competencia a los bienes y servicios objeto del contrato.

La modalidad impropia, ha sido criticada por la doctrina; atribuyéndole que por su misma razón de ser atenta contra la esencia misma del franchising. Sin embargo si consideráramos un contrato de franchising de distribución con aprovisionamiento exclusivo impropio, a favor del franchisor, esta modalidad sería ventajosa para el franchisee, cuando el contrato feneciera. Lo anterior por cuanto existiría la posibilidad de subsistir para el franchisee con otros bienes y servicios.

## **Franchising en atención a la exclusiva territorial del franchisee**

Con esta clase de contrato de franchising hacemos mención a una subdivisión interna, según se trate de:

### **Exclusiva territorial convencional:**

en la cual el franchisee goza de exclusividad en los derechos sobre un territorio dado. Es "...una alternativa (o en algunos casos como un adicional) al franchising satélite es el franchising por área. En esta estrategia, el franchisor concede a un "franchisee-master" por área en un gran mercado territorial – por ejemplo un estado o región entera– El franchisee territorial a cambio subfranquicia dentro del territorio concedido.... Para mantener el control sobre los franchisees en los varios niveles y subniveles de la organización el franchisor designa "controladores territoriales ". El franchisee territorial soporta la carga de reclutar y en algunos casos entrenar a los franchisees. Por el franchising territorial, un franchisor lleva a cabo el mayor número de flujo en efectivo a corto plazo al más bajo valor inicial..."76.

### **Exclusiva territorial convencional OPERATIVA (restrictiva):**

en el cual el franchisee "no puede" efectuar subcontratos sobre su territorio aún cuando se respetara el contrato principal.

Esto da lugar para mencionar, que para el caso en el cual pueda efectuarse subcontratos, el franchisee, en tanto principal, deberá estar de acuerdo con lo pactado con el franchisor; no pudiendo transgredir sino con su expresa autorización lo pactado en el contrato de "franchising master" (considerado como principal). En cualquier caso la exclusividad territorial protege al franchisee de la competencia eventual del franchisor o bien de otros franchisees.

En atención a la estrategia de apertura de mercados y surgimiento de vínculos contractuales. Con esta modalidad, hacemos mención a la denominada "franquicia itinerante", la cual suele verse en "...oposición a la franquicia convencional ...en la cual el franquiciado opera siempre en el ámbito de un determinado territorio, pero sin constituir una unidad de venta fija..."77. Nos parece más una "estrategia de apertura de vínculos"; por cuanto el fin lógico empresarial consiste en la consolidación, que no se puede dar sino sobre un mercado acentado territorialmente.

La consolidación empresarial tiende modernamente a la globalización económica."

## **2 NORMATIVA**

### **a) Código Civil**

#### **ARTÍCULO 692.-**

En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios.

#### **ARTÍCULO 701.**

El dolo no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasione, aunque se hubiere pactado lo contrario.

#### **ARTÍCULO 702.**

El deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.

#### **ARTÍCULO 703.**

El deudor no está obligado al caso fortuito, sino cuando ha

contribuido a él o ha aceptado expresamente esa responsabilidad.

**ARTÍCULO 704.**

En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse.

**ARTÍCULO 705.-**

Cuando el deudor por una cláusula penal se ha comprometido a pagar una suma determinada como indemnización de daños y perjuicios, el acreedor no puede, salvo si hubiere dolo, exigir por el mismo título una suma mayor; pero tampoco podrá el deudor pedir reducción de la suma estipulada

**ARTÍCULO 706.**

Si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo.

**ARTÍCULO 707.**

La responsabilidad por daños y perjuicios prescribe con la obligación cuya falta de cumplimiento la produce.

**ARTÍCULO 1023.**

1) Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

2) A solicitud de parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales:

a) Las de conformidad con las cuales el vendedor u oferente se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato o de determinar por sí solo si el bien vendido es conforme al mismo;

b) La de fijación por el vendedor u oferente de un plazo excesivo para decidir si acepta o no la oferta de compra hecha por el consumidor;

c) La cláusula según la cual, los bienes pueden no corresponder a su descripción, al uso normal o al uso especificado por el vendedor u oferente y aceptado por el comprador o adherente;

d) La de reenvío a una ley extranjera para aplicarla a la ejecución o interpretación del contrato, con el fin de impedir que rijan los preceptos nacionales que protegen al consumidor;

e) Las que excluyen o restringen el derecho del comprador o adherente para recurrir a los tribunales comunes;

f) Las de renuncia por el comprador o adherente al derecho de rescisión del contrato en caso de fuerza mayor o en caso fortuito;

g) Las que reservan al vendedor u oferente el derecho de fijar la fecha de entrega del bien;

h) La que impone a una de las partes del contrato la carga de la prueba, cuando ello corresponde normalmente al otro contratante;

i) La que prohíbe al comprador o adherente la rescisión del contrato, cuando el vendedor u oferente tiene la obligación de reparar el bien y no la ha satisfecho en un plazo razonable;

j) La que obliga al comprador o adherente a recurrir exclusivamente al vendedor u oferente, para la reparación del bien o para la obtención y reparación de los repuestos o accesorios, especialmente fuera del período de garantía;

k) La que imponga al comprador o adherente plazos excesivamente cortos para formular reclamos al vendedor u oferente;

l) La que autorice al vendedor u oferente, en una venta a plazos, para exigir del comprador o adherente garantías excesivas a juicio de los tribunales;

m) La que excluya o limite la responsabilidad del vendedor u oferente;

n) La que faculta al vendedor u oferente para sustraerse de sus obligaciones contractuales, sin motivo justificado o sin la contraprestación debida;

o) La que establezca renuncia del comprador o adherente a hacer valer sus derechos por incumplimiento del contrato o por defectuosa ejecución de éste;

p) La que no permita determinar el precio del bien, según criterios nítidamente especificados en el contrato mismo;

q) Las que autoricen al vendedor u oferente para aumentar unilateralmente el precio fijado en el contrato, sin conceder al comprador o adherente la posibilidad de rescindirle;

r) Las que permiten al vendedor u oferente o al prestatario de un servicio, eximirse de responsabilidades para que sea asumida por terceros;

s) La que imponga al comprador o adherente, por incumplimiento del contrato, obligaciones de tipo financiero sin relación con el perjuicio real, sufrido por el vendedor u oferente.

3) Toda persona interesada u organización representativa de los consumidores podrá demandar la nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos tipo o de adhesión enumeradas en este artículo.

4) Para demandar la nulidad de una cláusula abusiva de un contrato tipo o de adhesión, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla tienen derecho a ser asistidos por los defensores públicos.

## **b) Código de Comercio**

### **ARTÍCULO 425.**

En los contratos bilaterales sólo podrá exigir cumplimiento aquél que hubiere satisfecho lo que le concierne, salvo en los casos en que gozare de plazo legal o convencional, o que la naturaleza del contrato así lo exija.

## **3 JURISPRUDENCIA**

**a) Concepto de Franquicia y distinción con el contrato de distribución**

[SALA PRIMERA]<sup>9</sup>

Nº 73

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las quince horas cuarenta minutos del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y seis.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Primero Civil de esta ciudad por "Femaka Sociedad Anónima" , representada por su Presidenta, Sra. Mabel Segura Fernández, Egresada de Derecho, contra "Derivados de Maíz Alimenticio S.A." , representada por su Vicepresidente, Sr. Salvador Durán Guerrero, mexicano y empresario. Figuran como apoderados especiales judiciales, de la actora, el Lic. Alejandro Vargas Alfaro, soltero; de la accionada, los Licdos. Arnoldo Antillón Appel y Dionisio Segura Hernández. Todos son mayores, vecinos de esta ciudad y, con las salvedades hechas, casados y abogados.

RESULTANDO :

1º.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la actora estableció demanda ordinaria, cuya cuantía se fijó en cuatro millones cuatrocientos sesenta y seis mil novecientos cincuenta y cuatro colones, a fin de que en sentencia se condene a la accionada al pago del lucro cesante que estima bajo las siguientes normas: "De conformidad con la utilidades (sic) obtenidas por Femaka S.A. durante el ejercicio fiscal del período anterior 1989-1990, debidamente contabilizadas en libros, con una producción de 164.000 paquetes mensuales, este rubro asciende a ¢215242,55 (doscientos quince mil doscientos cuarenta y dos colones con 55/100) al sobrevenir el incumplimiento de la demandada, dicha producción se bajó a 105.000 paquetes mensuales con una utilidad de ¢115977,00 (ciento quince mil novecientos setenta y siete colones 00/100) lo cual arroja una merma en la producción de 55.000 paquetes mensuales lo cual significa en colones la suma de ¢99.265,65 (noventa y nueve mil doscientos sesenta y cinco con 65/100) mensuales dejados de percibir durante

cinco meses que mi empresa absorbió dicha pérdida, y dejados de percibir hacia el futuro desde la fecha de rescisión a la fecha de término del contrato, que son 40 meses. De tal suerte que las cifras concretas en pérdidas son las siguientes: Lucro cesante de cinco meses ( $\$99265.65 \times 5$ ): cuatrocientos noventa y seis mil trescientos veintiocho colones con 25/100. Lucro cesante durante los 40 meses que faltaron de cumplirse el contrato: tres millones novecientos setenta mil seiscientos veintiséis colones. Total lucro cesante: cuatro millones cuatrocientos sesenta y seis mil novecientos cincuenta y cuatro mil colones... Pido la condenatoria en ambas costas del juicio."

2°.- La accionada contestó negativamente la demanda y opuso las excepciones de non adimpleti contractus, falta de derecho y la genérica de sine actione agit.

3°.- En el escrito de contestación la accionada contrademandó para que se declare: " I.- Que Derivados de Maíz Alimenticio S.A. cumplió con todas las obligaciones que le imponía el contrato celebrado con Femaka S.A. II.- Que por su parte Femaka S.A. incumplió con las obligaciones que le imponía el contrato celebrado con Derivados de Maíz Alimenticio S.A. al proceder sin causa justificada al cierre de las operaciones industriales del negocio de tortillería, suspendiendo la producción y distribución de tortillas de la marca "Tortirricas" y suspendiendo consecuentemente la compra de harina de maíz a mi representada en las cantidades mínimas convenidas. III.- Que, por lo anterior, Femaka S.A. queda obligada a pagar a Derivados de Maíz Alimenticio S.A. todos los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento, los cuales se liquidarán en la fase de ejecución de sentencia. IV.- Que, adicionalmente, en virtud de que el contrato celebrado entre Derivados de Maíz Alimenticio S.A. y Femaka S.A., terminó por causas imputables exclusivamente a Femaka S.A., deberá esta última abstenerse de no llevar a cabo labores industriales y comerciales que de alguna manera compitan con las actividades de mi representada por un período de cinco años contados a partir de la fecha en que se declare judicialmente la resolución contractual. V.- Que Femaka S.A. deberá reconocer a Derivados de Maíz Alimenticio S.A. los intereses legales sobre el monto concedido en sentencia, a partir de la firmeza del fallo y hasta la cancelación de la obligación. VI.- Que deberá Femaka S.A. pagarle a Derivados de Maíz Alimenticio S.A. ambas costas de esta demanda."

4°.- La actora reconvenida contestó negativamente la contrademanda y opuso las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, falta de causa, falta de interés actual y non adimpleti contractus.

5°.- La Jueza, Licda. Eugenia Rodríguez Alvarado, en sentencia de las 10 horas del 12 de setiembre de 1994, resolvió : "Se rechaza el incidente de documentos presentados extemporáneamente. Se acogen las excepciones opuestas por la parte demandada Demasa de sine actione agit comprendidas en ésta la falta de derecho, falta de interés actual y la falta de legitimación ad causam activa y pasiva, se rechaza la non adimpleti contractus. Se rechazan las excepciones opuestas por la parte actora Femaka S.A. de falta de derecho, falta de legitimación ad causam activa y pasiva, falta de causa, falta de interés actual y la non adimpleti contractus. Se declara sin lugar en todos sus extremos el proceso ordinario establecido por Femaka S.A. representada por Mabel Segura Fernández contra Derivados de Maíz Alimenticio S.A., representada por Salvador Durán Guerrero. Se declara con lugar la contrademanda establecida por Derivados de Maíz Alimenticio S.A. contra Femaka S.A., entendiéndose denegada en todo aquello que expresamente no se diga. Se declara en sentencia: I) Que Derivados de Maíz Alimenticio S.A. cumplió con todas las obligaciones que le imponía el contrato celebrado con Femaka S.A. II.- Que, por su parte, Femaka S.A. incumplió con las obligaciones que le imponía el contrato celebrado con Derivados de Maíz Alimenticio S.A. al proceder sin causa justificada al cierre de las operaciones industriales del negocio de tortillería, suspendiendo la producción y distribución de tortillas de la marca "Tortirricas" y suspendiendo consecuentemente la compra de harina de maíz a mi representada en las cantidades mínimas convenidas. III.- Que, por lo anterior, Femaka S.A. queda obligada a pagar a Derivados de Maíz Alimenticio S.A. todos los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento, los cuales se liquidarán en la fase de ejecución de sentencia. IV.- Que, adicionalmente, en virtud de que el contrato celebrado entre Derivados de Maíz Alimenticio S.A. y Femaka S.A., terminó por causas imputables exclusivamente a Femaka S.A., deberá esta última abstenerse de no llevar a cabo labores industriales y comerciales que de alguna manera compitan con las actividades de mi representada por un período de cinco años contados a partir de la fecha en que se declare judicialmente la resolución contractual (Cláusula 31 del contrato). Que Femaka S.A. deberá reconocer a Derivados de Maíz Alimenticio S.A. los intereses legales sobre el monto concedido en sentencia, a partir de la firmeza del fallo y hasta la cancelación

de la obligación de conformidad con el artículo 497 del Código de Comercio. Se condena en costas procesales y personales a la parte actora Femaka S.A. de la demanda y la contrademanda...".

6°.- La Jueza, a las 10 horas del 10 de octubre de 1994, acogió la aclaración del fallo anterior, solicitada por el Lic. Segura Hernández. Al efecto dispuso : "... Se aclara la parte dispositiva de la sentencia dictada a las diez horas del doce de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, en el sentido de que el punto IV se debe leer así: Que, adicionalmente, en virtud de que el contrato celebrado entre Derivados de Maíz Alimenticio S.A. y Femaka S.A. terminó por causas imputables exclusivamente a Femaka S.A. deberá esta última abstenerse de llevar a cabo labores industriales y comerciales que de alguna manera compitan con las actividades de la empresa Derivados de Maíz Alimenticio S.A. por un período de cinco años contados a partir de la fecha en que se declare judicialmente la resolución contractual. En lo demás queda incólume la citada sentencia...".

7°.- La parte actora apeló, y el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, integrada por los Jueces Liana Rojas Barquero, Stella Bresciani Quirós y Ricardo Chavarría Volio, en sentencia dictada a las 9 horas del 2 de marzo de 1995, resolvió : "Se revoca la sentencia apelada. En su lugar, se resuelve lo siguiente: a) Se acoge el incidente de documentos nuevos planteado por la actora y se tienen por válidamente presentados los documentos visibles de folios ciento setenta y nueve a ciento ochenta y cuatro. Se confirma el rechazo del incidente en lo que respecta a los documentos visibles de folios ciento cuarenta y uno a ciento setenta y ocho. c) Se rechazan las excepciones de "non adimpleti contractus", la genérica de sine actione agit y la de falta de derecho formuladas por "Demasa". Se acogen las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, falta de causa, falta de interés actual y se rechaza la de "non adimpleti contractus", interpuestas por la actora a la contrademanda. c) Se acoge la demanda presentada por "Femaka S.A." contra "Demasa" en la siguiente forma: Primero : Se condena a "Demasa" a pagarle a "Femaka S.A.", la suma de setecientos cincuenta y seis mil ochocientos colones por concepto de lucro cesante. Segundo : Se rechaza la demanda en todas aquellas pretensiones que no han sido expresamente acogidas. d) Se rechaza en todos sus extremos la contrademanda presentada por "Demasa" contra "Femaka S.A.". e) Se condena a "Demasa" al pago de las costas personales y procesales de este juicio."

8°.- El Lic. Segura Hernández, en su expresado carácter, formuló recurso de casación -el que amplió su oportunidad- por estimar que se ha violado la siguiente normativa: artículos 221, 317, inciso 1, 318, inciso 3, 320, 338, párrafo 2, 379 y 341 del Código Procesal Civil; artículos 463 y 497 del Código de Comercio; artículos 463, 692, 702, 703, 704 y 1023 del Código Civil.

9°.- La vista en este asunto se celebró a las 14 horas del 1° de noviembre de 1995, oportunidad en que hicieron uso de la palabra los Licdos. Alejandro Vargas Alfaro y Dionisio Segura Hernández, apoderados de la actora y la accionada, respectivamente.

10°.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales. Interviene en la decisión de este asunto el Magistrado Suplente Horacio González Quiroga, en sustitución del Magistrado Titular Zamora, por licencia concedida.

Redacta el Magistrado Zeledón Zeledón; y,

CONSIDERANDO :

I.- El recurso combate todo el elemento probatorio. Discrepa de los hechos probados y no probados. Estos se fundan en prueba documental, testimonial, confesional, e incluso pericial. En el recurso original solo acusa violación del numeral 320 del Código Procesal Civil. Si bien en algún momento también menciona el 341 ese numeral no guarda relación con lo alegado. Posteriormente, amplió los artículos violados según el casacionista. Citó los siguientes: 317 inciso 1, 318 inciso 3, 338 párrafo 2 y 379 del Código Procesal Civil. Se trata de un recurso de casación por violación indirecta de las normas de fondo, consagrado en el artículo 595 inciso 3). Su técnica exige señalar expresamente el error probatorio presente, decir para cada prueba concreta la forma como se violó, y en el aspecto normativo citar las disposiciones concretas para cada una de ellas y en forma clara y precisa señalar su conculcación. El casacionista no señala como se produce el error probatorio. En tal virtud la Casación se encuentra inhibida para entrar a conocerlo. El recurso es informal salvo el reclamo en cuanto a la prueba confesional donde se concreta mejor el agravio reclamado. Esto se analizará en considerando separado.

II.- Sobre la violación indirecta, la Sala ha señalado sus particularidades. En efecto, opera el error de hecho cuando los Tribunales incurren en equivocaciones materiales al apreciar la prueba, como sería la de deducir de una declaración de un testigo un hecho no manifestado por éste, o de un perito poner como expresada una calificación que éste no ha dado, o bien extraer de un documento un contenido que el mismo no comprende; en este caso cuando el recurrente alega la existencia de este error de hecho no es necesario que señale las normas referidas a las pruebas que han sido infringidas, pues la simple constatación basta para que Casación proceda a su estudio y análisis, determinando si en la especie se encuentra o no el reproche probatorio planteado. El error de derecho, por el contrario, consiste en otorgarle a las pruebas un valor que ellas no tienen, o dejar de concederles el valor que a las mismas la ley les atribuye, por lo que el recurrente en este caso deberá indicar en forma expresa las normas legales infringidas sobre el valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente. Lo común en las dos clases de errores -el de hecho y el de derecho- es que el recurrente deberá expresar en forma clara y precisa las leyes de fondo infringidas, y los argumentos de como ello sucede, como consecuencia de la equivocada apreciación reclamada. En ambos casos también deberán indicarse claramente cuáles han sido las pruebas que han sido mal apreciadas, calificar los errores cometidos y señalarlos en esa forma a la Sala de Casación. No obstante que el recurso de casación no se califica como un recurso formalista, si es un recurso técnico, y en ese sentido el casacionista debe observar las exigencias del ordenamiento jurídico, so pena de declararse el recurso sin lugar por incumplir con los requerimientos procesales mencionados.

III.- Pese a la informalidad de lo alegado, salvo en cuanto a la confesional, el fallo no contempla violación indirecta de las normas de fondo. No se produce error de derecho. Lo planteado por parte del casacionista es una interpretación diferente del material probatorio valorado por el Tribunal. Este tuvo por demostrado el incumplimiento de la demandada con base en prueba testimonial. No se violó el artículo sobre la carga de la prueba. La actora ofreció testigos, cuya declaración fue valorada en forma satisfactoria para sus intereses. La confesión del representante de la demandante reconoce el cierre del negocio, pero previamente aclaró dicha situación por cuanto Demasa no le permitió operar en los lugares pactados. A los contratos firmados se les dio su valor legal. De la interpretación de los mismos se fundamentó el fallo en favor de la actora. Los contratos fueron valorados pero se consideró como incumpliente a la demandada. Las consecuencias del incumplimiento estaban

sancionadas en el mismo instrumento. Si el Tribunal hubiera restado valor probatorio al documento donde se plasmó el acuerdo de voluntades no podría haber acogido la demanda.

IV.- Sobre el fondo el recurso acusa violación de los artículos 463, 497 del Código de Comercio, 463, 692, 702, 703, 704, 1023 del Código Civil y 221 del Código Procesal Civil. El fundamento de la articulación es el incumplimiento de la actora al rescindir o resolver el contrato sin motivo alguno. Esto por cuanto Demasa solamente excluyó del contrato la zona de Barrio El Carmen y no la totalidad de la zona otorgada para la distribución de sus productos. Esta actuación sorpresiva, se dice, excluye la buena fe necesaria en toda contratación. Ello por cuanto "no todo incumplimiento faculta a una parte a dar por terminada la relación contractual, sino que éste debe ser grave". Se pide modificar la sentencia para declarar con lugar la contrademanda, como lo hizo el Juzgado, por tratarse de una resolución sorpresiva de la actora. En tal virtud se solicita la indemnización en los daños y perjuicios como resultado directo del incumplimiento de Femaka S.A. Se muestra disconformidad, además, por la imposición del pago de los intereses sobre las sumas adeudadas y sobre la condenatoria en costas.

V.- El cuadro fáctico, no quebrantado por el recurso, presenta un claro acuerdo de voluntades. Femaka se comprometía a producir y distribuir tortillas a su propia cuenta y riesgo. El producto salía al mercado con las marcas Tortirricas y La Campesina, propiedad de la demandada. Para eso le debía comprar una cantidad específica de harina de maíz a Demasa. La distribución del producto se realizaba en determinadas áreas de la Provincia de San José. En el sector de los Hatillos y otros lugares. Demasa le proporcionaba a la actora el local y la maquinaria necesarios para la producción. El establecimiento se ubicaba en Hatillo. El plazo del contrato se fijó en 5 años, a partir del 1 de agosto de 1989. Pero Femaka lo resolvió el 30 de abril de 1991. El motivo fue el impedimento de la demandada de distribuir tortillas en Barrio el Carmen. En ese lugar ésta tenía la exclusividad de su distribución.

VI.- La contratación verificada entre las partes constituye un contrato mercantil moderno. Es el de franquicia. Ese tipo de convenio no está regulado por nuestro ordenamiento. Siguiendo la doctrina y los principios generales del Derecho mercantil puede ser identificado jurisprudencialmente (Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es un contrato de concesión mercantil. En él un empresario concedente, llamado franquiciante, se obliga a otorgar a un empresario concesionario, denominado también como franquiciado, la distribución de sus productos o

servicios, o la utilización de sus marcas y licencias o sus espacios físicos exclusivos. En contrapartida recibe una retribución, denominada en el common law como royalty . Esta puede consistir en un precio o porcentaje fijo o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado. Es diferente del contrato de distribución. Pese a ser ambos mercantiles. Este último otorga al empresario distribuidor el derecho de vender en un sector determinado los artículos producidos por el empresario concedente. Ellos mantienen un mismo precio en el mercado. Lo fija el productor y lo respeta el distribuidor. A falta de pago del cliente el distribuidor paga porque él asume todos los riesgos una vez recibida la mercadería. Generalmente el distribuidor es un mayorista cuyos clientes son comerciantes detallistas quienes revenden en forma directa al público. El empresario concedente amplía sus negocios mediante empresas independientes. Con esto evita costosas estructuras administrativas y elude responsabilidades de diverso orden. En ambos las partes fijan un plazo, y a falta de éste se entiende indefinido. Por principio general, en ambos casos, quien incumple debe indemnizar. La diferencia principal entre ambos, señalada en el sistema del common law está en el know how o saber como en español. El franquiciante da toda la asistencia necesaria al franquiciado para la constitución de la empresa entregando los manuales operativos y de funcionamiento necesarios. Transmite todo el conocimiento indispensable para la explotación comercial.

VII.- Para la adecuada resolución del recurso debe determinarse si hubo o no incumplimiento de la recurrida y su eventual responsabilidad. La conducta de la demandada facultaba a Femaka a tener por resuelto el contrato porque le impidió, sin justa causa, distribuir el producto en uno de los lugares pactados. Con ello se violentaba el contrato. Según fue determinado pericialmente el lugar limitado a la contratación resultaba vital. Afectaba no solo una zona sino el contrato en si mismo. Y tal limitación fue impuesta unilateralmente. Sobre el tema la franquiciante no aportó pruebas idóneas oportunamente, para probar el incumplimiento de la franquiciada. En consecuencia ese perjuicio permite jurídicamente a la actora a actuar como lo ha hecho. Lo contrario sería violentar los principios fundamentales de la buena fe intrínsecos en toda relación contractual. En efecto el artículo 692 del Código Civil permite esa posibilidad. Y el mismo principio lo consagra el numeral 425 del Código de Comercio. Es la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico por transgredir un vínculo obligacional con fuerza normativa para las partes. Se trata de acciones otorgadas al cumpliente en razón del incumplimiento del otro. Precisamente

porque los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y los Tribunales están llamados a garantizar su cumplimiento (artículo 1022 ibídem). Pero es claro, en todo caso, que las acciones derivadas del precitado 692 son otorgadas solamente a la parte cumpliente. Y ésta debe ser decisiva. No es procedente la resolución, aún demostrado un incumplimiento menor, si carece de la importancia necesaria dentro de la relación contractual. Para aplicar la sanción más grave contemplada por el ordenamiento civil, sea la terminación de una relación contractual nacida válida y eficaz, con los efectos retroactivos y la lógica consecuencia restitutoria y resarcitoria, se requiere un incumplimiento grave. Esta es la tesis de la casación para justificar también la paz dentro de las relaciones contractuales. Para mantener la presunción de la buena fe dentro de los acuerdos de voluntades privadas. Reputar lo contrario iría contra los principios informadores de la buena fe contractual. Por esa razón la mala fe debe demostrarse.

VIII.- En este sentido es más conveniente exigir la ejecución forzosa del contrato y no su resolución. Carecería de sentido dar por terminada una relación contractual ante el incumplimiento de aspectos secundarios no graves. La negativa a permitir distribuir tortillas en Barrio El Carmen constituyó un incumplimiento grave. Tal imposibilidad produjo pérdidas cuantiosas a la actora. El Barrio El Carmen representaba un sector muy importante de venta del producto. En el addendum al contrato principal se estipuló a la zona de Barrio El Carmen como nuevo lugar objeto del convenio. Anteriormente figuraba la zona de los Santos pero ésta fue sustituida de común acuerdo entre los contratantes. Así se incluyó El Carmen y otras localidades. Una de las ventajas principales del franquiciado es la exclusividad de determinada zona para la distribución del producto al mercado. Así se garantiza que ningún otro empresario va a competir distribuyendo el mismo producto. El hecho de no permitir la explotación de su derecho de distribución en una de las zonas otorgadas es sumamente perjudicial. Si lo hace, la ley la sanciona con el pago de los daños y perjuicios causados, además de resolver el contrato. Demasa incumplió gravemente su parte del contrato. No hay justificación alguna para que impidiera la distribución del producto en una de las zonas estipuladas para tal fin. De acuerdo a los hechos tenidos por probados, no existió ninguna causa de las que facultan el incumplimiento. No hay indicios de caso fortuito, fuerza mayor o el hecho de un tercero en la conducta de la demandada. Si el contrato garantizaba la distribución de tortillas en el Barrio El Carmen, tal extremo debió ser respetado y cumplido por Demasa. A falta de cumplimiento se le sanciona con la condena en su contra a pagar daños y

perjuicios.

IX.- En consecuencia procede declarar el recurso sin lugar porque no se ha quebrantado la normativa señalada, con sus costas a cargo de quien lo promovió.

POR TANTO :

Se declara sin lugar el recurso. Son sus costas a cargo de la recurrente.

**Nº 73-BIS**

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis.-

Visto el escrito anterior, en que el apoderado de la sociedad actora solicita se aclare y adicione la sentencia Nº 73 dictada por esta Sala a las 15:40 horas del 17 de julio de 1996; Redacta el Magistrado Zeledón Zeledón; y,

CONSIDERANDO:

I.- Esta Sala reiteradamente ha resuelto, en aplicación del artículo 158 del Código Procesal Civil, la procedencia de la aclaración y adición solo de la parte dispositiva. En este caso el fallo no es oscuro no omiso pues declara sin lugar el recurso y condena en costas a la recurrente.-

POR TANTO:

Se declara sin lugar la solicitud de aclaración y adición.-

**FUENTES CITADAS**

- 1 CORDERO FALLAS Francisco. Los contratos atípicos o innominados. Base de datos de la biblioteca de la Asamblea Legislativa. Disponible en: <http://www.asamblea.go.cr/biblio/cedil/estudios/contrataticosmod.htm>
- 2 FUENTES VARGAS, Bernal. El contrato de franchising. San Jose, editorial Investigaciones Jurídicas. 1 edición 1995. p 54.
- 3KLEIDERMACHER, Jaime. FRANCHISING. Aspectos economicos y jurídicos. Argentina, 1993 Editorial Abeledo Perrot. P21.
- 4KLEIDERMACHER, Jaime. Ibid 22.
- 5 Solís Viquez Marianella y Zúñiga Campos Grace. Derechos y Obligaciones de Propiedad Intelectual en el Contrato de Fraquicia. Tesis para optar por la Licenciatura en Derecho. Rodrigo Facio. 2005 pp 26-27
- 6 GONZALEZ SABORÍO Adriana y MONCADA JIMÉNEZ Indiana. El Contrato de Franquicia y la dependencia que cra en el empresario franquiciado. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Rodrigo Facio 1998, pp 16-19
- 7 KAHN, Michael. Franchising y partenariado. Buenos Aires. Editorial Astrea 1998. p 7-8.
- 8 Solís Viquez Marianella y Zúñiga Campos Grace. Op cit p 30.
- 9 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 73 de las quince horas cuarenta minutos del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y seis