

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

**APLICABILIDAD DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE
LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS
DE 1980 A LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON
LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE FRANQUICIA EN COSTA RICA, A
PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY N° 18121**

SOPHIA FIORELLA VILLALTA CHONG
B17214

SEDE UNIVERSTARIA “RODRIGO FACIO”

SAN JOSÉ, COSTA RICA

FEBRERO, 2017

A Carolina, Róger, Carol, Julio y Jorge.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente a mi familia por su apoyo incondicional. Gracias a su guía he logrado alcanzar mis metas. En ellos siempre he encontrado consuelo y palabras de aliento, y son a quienes agradezco y dedico esta meta alcanzada. A Jorge Castillo, por siempre mantenerse presente en mi día a día.

De igual forma, doy gracias a mi director de tesis, el profesor Juan José Obando Peralta, no solo por su interés y guía en el presente trabajo, sino por ser uno de los profesores comprometidos en la Facultad en dar a conocer a los estudiantes más de lo que el plan de estudios establece.

No puedo dejar de agradecer a mis lectores de tesis, los profesores José Rafael Fernández Quesada y Carlos Manuel Estrada Navas, los cuales durante el proceso de redacción, siempre mostraron gran disposición.

También le agradezco a mis mejores amigos Braulio Venegas y Francisco Montes, con quienes tuve el primer acercamiento a las competencias internacionales de Derecho, de las cuales surgió mi interés y pasión por el Derecho Internacional Privado. Especialmente, deseo agradecerle a Braulio por siempre confiar en mis aptitudes y retarme a mejorar día con día. A Mauricio Rapso, amigo incondicional que siempre me animó a lo largo del proceso de redacción del presente trabajo y por sus consejos, para conllevar a la conclusión exitosa de este.

Por último, quiero agradecerle a Herman Duarte, Róger Guevara, Mariela Solano, Abraham Balzer y Sharon Pardo por confiar en mí, en mis cualidades y por darme la oportunidad de desarrollarme profesionalmente. Por su criticidad y consejos, los cuales serán de gran utilidad e importancia en el desarrollo de mi carrera.

ABREVIATURAS

Abreviación	Significado
CLOUT	Caso del digesto de jurisprudencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CISG CIM Convención de Viena Convención de 1980 Convención de Viena de 1980 La Convención	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
N° n°	Número.
Pág.	Página.
Pp.	Pie de página.
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.
Proyecto de Ley N° 18121	Proyecto de Ley N° 18121, Aprobación de la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado. <i>International Institute for the Unification of Private Law</i> (en inglés). <i>Institut International Pour L' Unification du Droit Prive</i> (en francés).
v.	Contra

CONTENIDO

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTOS	II
ABREVIATURAS	III
RESUMEN	VII
A. Justificación.....	VII
B. Objetivo general.....	VIII
C. Hipótesis.....	VIII
D. Metodología.....	IX
E. Conclusiones.....	IX
FICHA BIBLIOGRÁFICA	XI
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL CONTRATO INTERNACIONAL DE FRANQUICIA	7
Sección I: Elemento subjetivo, objetivo y contenido del contrato internacional de franquicia.....	10
A. Elemento subjetivo.....	10
B. Elemento objetivo.....	18
C. Contenido del contrato.....	21
i. Acuerdos de compraventa.....	22
ii. Acuerdos de confidencialidad.....	24
iii. Acuerdos de no competencia.....	25
iv. Acuerdo de exclusividad territorial.....	27
v. Acuerdos de control y vigilancia.....	30
vi. Marcas.....	31
Sección II: Características del contrato internacional de franquicia.....	32
A. Consensual.....	33
B. Atípico o innominado.....	34
C. Oneroso.....	36
D. Bilateral.....	37
E. De ejecución o tracto sucesivo.....	38

F. <i>Intuitio personae</i>	39
G. De cooperación y colaboración.....	40
H. Es principal	41
Sección III: Tipos de contratos internacional de franquicia: Relación con el contrato de compraventa.....	42
A. Franquicia de distribución.....	42
B. Franquicia de servicio	44
C. Franquicia de producción o industrial.....	46
D. Máster franquicia	47
Conclusiones del capítulo.....	49
CAPÍTULO II: GENERALIDADES DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980.....	51
Sección I: Ámbito de aplicación de la Convención de 1980: Estudio general.....	51
Sección II: Instrumentos que la acompañan o la sustituyen: Interpretación e integración en caso de laguna	62
A. <i>Lex Mercatoria</i>	63
B. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales .	66
C. Principios generales de Derecho	70
Sección III: Proyecto de Ley N° 18121: Aprobación de la adhesión a la Convención de Viena de 1980.....	73
A. Elementos más relevantes del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.....	73
B. Estado actual del Proyecto de Ley N° 18121	80
C. Posibles modificaciones que efectuarían los legisladores a la Convención de Viena al momento de su ratificación.....	80
Conclusiones del capítulo	80
CAPÍTULO III: APLICABILIDAD DE LA CISG AL CONTRATO INTERNACIONAL DE FRANQUICIA EN COSTA RICA	83
Sección I: Artículo 3° de la Convención de Viena de 1980	83
A. Criterio económico.....	85
B. Criterio de la esencialidad	86

C. Criterio cuantitativo.....	88
Sección II: Posturas doctrinales y casos internacionales en los que se ha afirmado la posibilidad de aplicar extensivamente la Convención de Viena.....	94
Sección III: Escenarios en los cuales los operadores del Derecho costarricense deben aplicar la Convención de Viena a los contratos internacionales de franquicia	111
Conclusiones del capítulo	123
CONCLUSIONES GENERALES.....	125
BIBLIOGRAFÍA	128

RESUMEN

A. Justificación

Si se toma en cuenta el desarrollo del comercio internacional, Costa Rica ha dado pasos hacia la ratificación de la CISG. Por ello, en el torrente legislativo se encuentra desde el 2011, el Proyecto de Ley N° 18121, el cual busca la aprobación de la adhesión a este instrumento convencional.

Ahora bien, por el gran éxito que ha mantenido esta Convención, algunos doctrinarios y criterios jurisprudenciales han afirmado que la misma puede ir incluso más allá de lo que su ámbito de aplicación establece y, asimismo, regular relaciones contractuales distintas a las de compraventa. Estas interpretaciones se han dado a lugar, pues se cabe recordar que un instrumento convencional que busca ser lo suficientemente flexible para regular situaciones en sistemas con ordenamientos y tradiciones jurídicas muy distintas, no puede poseer una redacción rígida.

Según lo planteado en el párrafo anterior, los jueces y los árbitros –al momento de la ratificación de la Convención de Viena en Costa Rica–, se pueden ver cuestionados ante esta situación: ¿puedo aplicar la CISG a los conflictos surgidos de relaciones contractuales internacionales de franquicia? Esta duda no ha sido aclarada a nivel internacional y, a pesar de que existen corrientes medianamente claras sobre el tema, se debe establecer una solución a esta laguna jurídica.

Ahí es donde surge la necesidad de una investigación como la presente, pues Costa Rica no está exenta de que contratantes recurran a su jurisdicción para solventar problemas de índole comercial. Asimismo, no se puede dejar de lado que, al menos a nivel internacional, muchas partes buscan la “jurisdicción arbitral”, con el fin de que se resuelvan sus conflictos comerciales. Costa Rica, país que no posee mucha experiencia a nivel arbitral internacional, podría verse nuevamente cuestionado ante una interrogante como la que se busca solventar con esta investigación.

De igual forma, no se podría descartar *prima facie* la aplicación de la CIM a controversias relacionadas con contratos internacionales de franquicia, pues precisamente los criterios que afirman su procedencia, también cuestionan una actuación como esta. Incluso, proceder de esta manera, sin ni siquiera analizar las posibilidades, podría negarle el acceso a la justicia a alguna de las partes involucradas en la controversia.

La necesidad de impulsar el comercio internacional en Costa Rica debe darse desde diferentes aspectos. La investigación académica es una de ellas y el brindarle herramientas a los jueces y los árbitros para resolver conflictos de una forma efectiva y vanguardista resulta vital para el desarrollo de este ámbito.

B. Objetivo general

Analizar la posibilidad de aplicar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, a la resolución de controversias relacionadas con contratos internacionales de franquicia.

C. Hipótesis

De conformidad con la Convención de Viena, la doctrina y la jurisprudencia, este instrumento convencional no debe aplicarse a la resolución de controversias de otro tipo de contratos; pues ello desnaturaliza este instrumento.

No obstante, el ámbito de aplicabilidad de esta Convención puede extenderse, siempre y cuando: **(i)** la compraventa realizada es aislada y única; **(ii)** cuando el comprador no suministre los materiales necesarios para la producción de las mercadería con un valor superior al de los materiales suministrados por el vendedor; y **(iii)** cuando no exista como objeto principal de la relación contractual, la prestación de servicios o mano de obra.

En el caso de Costa Rica, al momento en que se apruebe el Proyecto de Ley N° 18121 y siempre y cuando no se realice ninguna reserva la cual modifique sustancialmente el punto objeto de estudio, aplicará la misma regla antes citada.

D. Metodología

Para alcanzar el objetivo propuesto, se utilizaron los métodos de análisis deductivo, analítico y dialéctico. Los dos primeros se complementan; pues se ofrecerá un estudio de doctrina y jurisprudencia, para determinar qué posición deberían adoptar los jueces y los árbitros sobre el tema bajo estudio. Finalmente, se utilizó el método dialéctico; ya que se surge una confrontación de ideas sobre las posiciones en favor y en contra de la aplicabilidad de la Convención de 1980 a la resolución de controversias surgidas en el marco de contratos diferentes a los de compraventa internacional de mercaderías.

Cabe resaltar que el estudio jurisprudencial se basó en la búsqueda de casos en la base de datos de la UNCITRAL. Los casos que se presentan en la investigación son los que resultaron elegidos por su relevancia con respecto al tema de estudio, tomados de una muestra mayor de casos.

E. Conclusiones

La CISG puede aplicarse a contratos internacionales de franquicia, siempre y cuando: **(i)** estos sean contratos marco; **(ii)** exista una transacción de compraventa internacional de mercaderías que sea completamente separable del acuerdo marco que la contiene; y **(iii)** no se configure ningún supuesto de inaplicación regulado en el artículo 3° de la CIM.

En estos casos, no se estaría efectuando una aplicación extensiva de la Convención de 1980, sino que se estaría adecuando su aplicación a las transacciones de compraventa internacionales, efectuadas en la base de otros acuerdos.

Al momento en que Costa Rica se vuelva un Estado Contratante de la Convención, los operadores del Derecho deberán enfrentarse a disyuntivas sobre si aplican o no el instrumento, el cual no sufrió ninguna modificación en el torrente legislativo. Se recomienda entonces seguir los lineamientos establecidos en la presente investigación, los cuales confirman la hipótesis planteada en el inicio de su elaboración.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Villalta Chong, Sophia. Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 a la resolución de controversias relacionadas con los contratos internacionales de franquicia en Costa Rica, a propósito del Proyecto de Ley N° 18121. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017.

Director: Juan José Obando Peralta.

Palabras clave: franquicias internacionales, compraventa, compraventa internacional de mercaderías, contrato marco, CISG, ámbito de aplicación, proyecto de Ley N° 18121, *lex mercatoria*, Derecho Internacional Privado, Estados contratantes.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, más de cincuenta países, exactamente ochenta y cinco¹, forman parte de la CISG. Ello significa que dos terceras partes de la población a nivel mundial, dispone del mismo conjunto de normas en relación con el contrato de compraventa internacional. Y es que por la flexibilidad de dicha Convención y su compendio de las mejores prácticas a nivel comercial, hacen que esta sea tan exitosa.

Por medio de las normas sustantivas que conforman y construyen la Convención de Viena, se ha buscado la unificación del Derecho a nivel mundial, con el fin de facilitar las transacciones comerciales entre los países, a la vez que se potencian sus resultados y favorecen sus economías. No obstante, el camino para llegar a un instrumento convencional tan triunfante no se dio de forma instantánea, sino que es el producto de un proceso vivido en el seno de instituciones internacionales y especialistas en la materia, preocupados por la búsqueda de respuestas similares a problemas surgidos entre partes de Estados diferentes.

Este proceso inició a finales del siglo XIX, en el seno de los países escandinavos, cuando se produjo una ley uniforme sobre ventas de mercancías, conocida como “*The sale of goods act*” de 1893 de Gran Bretaña. Asimismo, en el siglo XX se resaltó el trabajo de la *Internacional Law Association*, la cual se reunió en 1924 en Estocolmo, para trabajar en un proyecto de ley uniforme para la agrupar la legislación sobre compraventa internacional².

¹ El número corresponde a los Estados Parte de la Convención al 8 de enero de 2017. *CNUDMI. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (último acceso: 18 de enero de 2017).

² Oviedo Albán, Jorge. "La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías. Antecedentes y desarrollos alternativos". *Pace Law School Institute of International Commercial Law (IICL)*. 2011. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.pdf> (último acceso: 17 de febrero de 2016).

Posteriormente, en 1930 la UNIDROIT³ tomó la iniciativa de unificar las normas sustantivas relacionadas con los contratos de compraventa. El primer intento de unificación fue el contenido en la obra del jurista alemán Ernst Rabel.

Treinta y cuatro años después, se reunieron en La Haya los representantes de veintiocho países, con el objetivo de aprobar un compendio de normas o reglas que gobernarían a nivel mundial los contratos de compraventa internacional. Es así como nacieron a la vida jurídica dos convenciones: (i) la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUVI o ULIS en su acrónimo inglés); y (ii) la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUF-ULF).

Las dos leyes que fueron creadas en junio de 1964, entraron en vigor hasta agosto de 1972. No obstante, el esfuerzo realizado ocho años atrás, las convenciones no gozaron de éxito, por cuanto las mismas no tenían una auténtica participación a nivel mundial. Al respecto de estas leyes se ha indicado que: “[...] no tuvieron aceptación ni siquiera entre los veintiocho países que participaron en la Conferencia de La Haya de 1964”⁴.

A pesar de que este intento por unificar el derecho sustantivo sobre materia de compraventa no fue bien recibido a nivel internacional, se puede afirmar que se convirtió en la base donde se formó la CIM. Fue sino hasta el 11 de abril de 1980, ocho años después, que se aprobó en Viena el texto de la Convención, el cual entró en vigor el 1º de enero de 1988. Actualmente, el texto auténtico está en distintos idiomas, como por ejemplo: árabe, mandarín, español, francés, inglés y ruso.

³ “El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una organización intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldobrandini en Roma. Su objetivo es el estudio de las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar privado y en derecho comercial en particular entre los Estados y grupos de Estados y formular Ley uniforme instrumentos, principios y reglas para alcanzar dichos objetivos. Creado en 1926 como un órgano auxiliar de la Sociedad de las Naciones, el Instituto fue, después de la desaparición de la Sociedad, restablecido en 1940 sobre la base de un acuerdo multilateral, el Estatuto de UNIDROIT.” UNIDROIT. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. 2014. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> (último acceso: 22 de enero de 2017).

⁴ Oviedo, Jorge. 2011. *La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías... Op. cit.*, Pp. 2.

De acuerdo con la tendencia a nivel mundial de unificar las disposiciones relativas a temas específicos, Costa Rica no puede desconocer este fenómeno. Por ello, se encuentra en proceso de promulgación el Proyecto de Ley N° 18121, el cual busca ser aprobado para otorgar la adhesión a este instrumento convencional.

Ahora bien, a pesar de que la CISG es un instrumento que busca la unificación en materia de compraventa internacional, las interpretaciones que se han desarrollado desde la doctrina y la jurisprudencia de sus normas, son innumerables. Uno de los elementos que siempre ha sido cuestionado e interpretado de distintas formas, es el ámbito de aplicación de este instrumento convencional.

De la lectura del preámbulo de la CISG, se puede determinar que precisamente busca establecer un marco de igualdad y beneficio mutuo a los actores dentro del comercio internacional, con el fin de fomentar las relaciones amistosas entre los Estados. Asimismo, al momento de crearse esta Convención, se tuvo presente los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos a nivel internacional. Por lo tanto, se fijó como objetivo, contribuir a “[...] *la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional*”⁵. También se buscaba promover el desarrollo del comercio internacional, convirtiéndose este en un instrumento moderno, ágil y necesario para los Estados que buscaban poseer una normativa flexible, la cual incentivara a otros Estados y sus habitantes a realizar transacciones comerciales de todo tipo.

Sin embargo, no se puede afirmar de forma contundente que este objetivo se vea cumplido en los casos en donde se aplica la Convención para dirimir controversias ajenas a transacciones de compraventa. De igual forma, no resultaría procedente excluir sin un análisis pertinente, la aplicación de la CISG a controversias relacionadas con otros tipos de contratos, como por ejemplo, del contrato internacional de franquicia.

⁵ Naciones Unidas. "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías." *Preámbulo*. Viena, Austria, 1980.

¿Es posible la aplicación de la Convención de Viena a la resolución de controversias relacionadas con contratos internacionales de franquicia en Costa Rica, a propósito de la eventual aprobación del Proyecto de Ley N° 18121?

Esta Convención contempla en sus artículos 1° y 3°, el ámbito de aplicación de la misma. Para efectos de la presente investigación, se dará énfasis a los artículos citados, los cuales indican:

“Artículo 1: 1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. 2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. 3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”.

“Artículo 3: 1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. 2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios”.

Con base en la lectura de estos artículos, se puede concluir *prima facie* que, las controversias que surjan relacionadas a contratos de franquicia, no podrían solventarse por la CISG. Por ello, en caso de que Costa Rica se adhiriera a este instrumento convencional,

debería rechazar cualquier solicitud de cualquier parte que pretenda precisamente aplicar esta convención a controversias suyas relacionadas con contratos internacionales de franquicia.

Ahora bien, a nivel doctrinal y jurisprudencial se ha afirmado que, bajo ciertos supuestos se puede aplicar la CIM a controversias relacionadas con contratos de franquicia. Toda esta situación ha generado una inseguridad jurídica en el comercio internacional, pues dependiendo del criterio de quien estudie o resuelva el problema planteado, será la suerte que lleve la aplicación del instrumento convencional a estos conflictos.

Por este motivo, es importante determinar si existen tales supuestos de aplicabilidad de la CISG a resolución de controversias de otro tipo de contratos y, específicamente, al de franquicia. Ello con el fin de establecer precisamente la postura a nivel nacional, que debe manejarse al momento de la promulgación del Proyecto de Ley N° 18121, para evitar la generación de un marco jurídico nacional permeado de inseguridad jurídica, provocado por esta discusión doctrinal y jurisprudencial.

Para ofrecer respuesta a la interrogante anteriormente planteada, el presente estudio se ha dividido en tres capítulos: **(i)** El contrato internacional de franquicia: generalidades; **(ii)** Generalidades de la Convención de Viena de 1980; y **(iii)** Aplicabilidad de la CISG al Contrato Internacional de Franquicia en Costa Rica.

El objetivo del Capítulo I es explicar los aspectos generales sobre el contrato internacional de franquicia, entre ellos, las partes que lo integran, el objeto del contrato y los distintos elementos que lo contienen. En este Capítulo se estudiará lo necesario para comprender la figura jurídica de la franquicia internacional, con el fin de que el lector entienda los alcances del acuerdo base del presente estudio.

En el Capítulo II se examinará la Convención de 1980, específicamente los supuestos de aplicación contenidos en su artículo 1°. Luego, se entrará a conocer algunos instrumentos internacionales que integran la Convención e incluso, pueden sustituirla en los casos en los

cuales se requiera resolver controversias relacionadas con contratos internacionales de franquicia. De seguido, se continuará con el estudio y el análisis del Proyecto de Ley N° 18121, como ya se ha indicado supra, regula la adhesión a la CIM. En dicha sección se enlistará las etapas legislativas que ha atravesado el Proyecto de Ley citado y se entrará a conocer además posibles modificaciones que puedan efectuarse en el seno de la Asamblea Legislativa, y por último, su estado actual.

En el Capítulo III, se analizará de primero el artículo 3° de la Convención de Viena, así como los criterios doctrinales y jurisprudenciales que lo han interpretado. De seguido, se expondrán los criterios doctrinales y jurisprudenciales que han abogado por una aplicación irrestricta o más liberal de la Convención, independientemente de lo que indican sus artículos 1°, 2° y 3°. Por último, se ofrecerá respuesta a la interrogante del presente estudio, por medio del análisis de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que establecen que el ámbito de la aplicación de la CIM debe respetarse y este solo cede, en casos muy específicos.

De esta forma, se arribará a los escenarios en los cuales los árbitros y los jueces podrán aplicar la CISG a la resolución de contratos internacionales de franquicia. Por último, se establecerán las conclusiones a las que se llegaron con la elaboración de la presente investigación, con el fin de dar respuesta a la pregunta del presente estudio y, a la vez que se analiza si se cumple o no la hipótesis planteada inicialmente.

Por último, es relevante determinar que el presente estudio no se enfocará en los contratos de franquicia nacionales o domésticos, sino en aquellos en donde se encuentre presente el elemento de internacionalidad. Ello no implica que las respuestas o conclusiones a las cuales se arriben con la presente investigación no puedan aplicarse a dichos contratos. No obstante, es relevante tomar en cuenta esta aclaración.

CAPÍTULO I

EL CONTRATO INTERNACIONAL DE FRANQUICIA

Con el fin de entender los alcances de la presente investigación, se debe tener claro el concepto del contrato internacional de franquicia, así como los elementos que lo conforman. Por lo anterior, seguidamente, se procederá a realizar una breve aproximación conceptual de este tipo de contrato.

Al ser la figura bajo estudio un contrato, debe prevalecer voluntad de las partes. Sin esta voluntad, no se puede considerar que exista ni un contrato de franquicia ni ningún otro tipo de contrato, por cuanto este resulta un elemento esencial de esta fuente de obligaciones⁶.

Ahora bien, un contrato de franquicia se refiere a un acuerdo de voluntades, en donde dos partes acuerdan el derecho de una de ellas, de explotar el modelo de negocio exitoso desarrollado por la otra. A cambio, la parte que ha desarrollado ese modelo, recibirá una suma de dinero y otro tipo de contraprestaciones, como lo son las regalías periódicas.

Lo anteriormente dicho, se reconoce a nivel doctrinal. Por ejemplo, se ha afirmado que el contrato de franquicia es:

*“[...] un acuerdo de voluntades, en virtud del cual el franquiciante quien ha desarrollado un modelo de negocio, le concede a un sujeto llamado franquiciado, el uso del know how, y demás derechos de la propiedad industrial, bajo la estricta supervisión del franquiciante, y en contraprestación de pagar una remuneración, que generalmente consiste en un derecho de entrada y en unas regalías periódica”.*⁷

⁶ “Con ello se quiere destacar la voluntad de las partes contratantes como fuente principal del contrato. Específicamente, el contenido de la voluntad libremente establecida tanto por lo que se refiere a su extensión como por lo que se refiere a su terminología, que, normalmente, no es técnica”. Lamas Pombo, Eugenio. *Estudio de Derecho de Obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Vol. II. España: Wolters Kluwer, 2006. Pág. 224.

⁷ Peña Nossa, Lisandro. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Quinta Edición. Bogotá, Colombia: ECOE Ediciones, 2014. Pág. 506.

En un mismo sentido, según el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, este tipo de contrato es:

*“[...] un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente independientes (1), el Franquiciador y sus Franquiciados, en la cual el Franquiciador otorga a sus Franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto (2) del Franquiciador”.*⁸

Como se aprecia de las anteriores citas, las partes que conforman el contrato de franquicia llegan a un acuerdo, por medio del cual el franquiciado gozará del derecho de utilizar el modelo de negocio desarrollado por el franquiciante, integrado por el *know how*. A cambio, el franquiciante recibirá un canon de entrada y regalías o *royalties*. Es decir, el contrato de franquicia es:

*“[...] aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado “franquiciante”, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman parte de un sistema de distribución comercial de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales”.*⁹

⁸ España. "Código Deontológico Europeo de la Franquicia". Enero 1º, 1991.

⁹ Marzorati, Osvaldo J. *Franchising*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2001. Pág. 5.

Ahora bien, en la conceptualización efectuada, no se ha tomado en cuenta la internacionalidad del contrato, la cual es sumamente relevante para la presente investigación. Ello, pues como ya quedó anunciado, en este trabajo no se efectuará referencia a los contratos de franquicia domésticos o nacionales.

Resulta determinante evidenciar que la internacionalidad de un contrato, puede cambiar drásticamente la regulación y demás factores que se aplican al vínculo jurídico de las partes. Según lo anterior, ¿cuándo un contrato de franquicia es internacional? Este elemento está relacionado en forma directa con las partes del contrato. Un contrato de franquicia será internacional siempre y cuando las partes que lo conforman se encuentren domiciliadas, o su giro comercial normal se encuentre en diferentes Estados.

En resumen, un contrato internacional de franquicia es aquel donde, un franquiciante o franquiciador domiciliado en un Estado diferente del franquiciado, le otorga a este el derecho de explotar en un territorio determinado, el modelo de negocio exitoso desarrollado por aquel. El modelo de negocio está integrado, entre otras cosas, por el *know how*, el cual será dado a conocer al franquiciado. De este acuerdo de voluntades surgirán obligaciones para ambas partes, entre las cuales destacan para el franquiciante, permitir al franquiciado el desarrollo del modelo de negocio y brindarle asesoría para que este pueda implementarlo y, para el franquiciado, desarrollar el modelo de negocio según las indicaciones del franquiciante, así como pagar las sumas de dinero acordadas.

Una vez claro entonces el tipo de contrato que se estudia en el presente Capítulo, se procederá a ahondar más y se analizarán los elementos que lo componen, sus características, así como los tipos de contratos de franquicia que se conocen a nivel internacional.

Sección I: Elemento subjetivo, objetivo y contenido del contrato internacional de franquicia

En la presente sección, se llevará a cabo un breve estudio de los elementos más relevantes del contrato internacional de franquicia. El primero de ellos es el elemento subjetivo; es decir, las partes que conforman esta relación jurídica. Se efectuará una breve conceptualización de cada una de ellas, así como un enlistado breve de sus obligaciones más esenciales. Posteriormente, se estudiará el elemento objetivo del contrato. Por último, se abordará el contenido del contrato, el cual resulta relevante para los posteriores capítulos de esta investigación.

A. Elemento subjetivo

Las partes del contrato internacional de franquicia son: **(i) el franquiciante;** y **(ii) el franquiciado.** Como bien se mencionó supra, estas partes no pueden encontrarse domiciliadas en un mismo Estado o país, por cuanto el elemento internacional desaparecería, y no se estaría en presencia de una franquicia de ese tipo.

Se podría afirmar que este elemento se mantiene a pesar del domicilio de las partes, siempre y cuando una de ellas tenga toda su operación o realice el giro normal de sus negocios en un país diferente. No obstante, esta situación es muy casuística y para su análisis, debe tenerse en cuenta las particularidades de cada caso.

De acuerdo con lo anterior, se estudiará entonces la figura del **franquiciante**, denominada también **franquiciador** o *franchisor*. Esta parte puede ser una persona física o jurídica. Se caracteriza por tener bajo su control o a su título, un modelo de negocio, el cual se encuentra integrado por múltiples elementos¹⁰. Entre ellos se destacan: una marca o nombre comercial, procedimientos industriales, procesos de producción o distribución, estrategias de mercadeo y publicidad, un *goodwill* o buen nombre y, el más relevante, el *know how*.

¹⁰ “El franquiciante concede al franquiciatario, por medio de una licencia, el derecho de usar y explotar una marca comercialmente en uno o más comercios”. Alba Aldave, María Cristina. *Franquicias: Una perspectiva mundial*. Primera. Coyoacán, México: Fondo Editorial FCA, 2005. Pág. 154.

Esta parte cede al franquiciado el derecho de utilizar todos estos elementos en un territorio y por un plazo determinados, con el fin de obtener como contraprestación un *fee* o canon de entrada y *royalties* o regalías¹¹. Esta aproximación conceptual sobre el franquiciante resulta pacífica en la doctrina, pues muchos expertos en la materia coinciden en que el franquiciador es una:

*“[...] persona natural o jurídica, [...] con calidad de comerciante, en la cual recaen los derechos de dominio sobre un conjunto de bienes o servicios; procedimientos industriales; procesos de producción o distribución; estrategias de mercadeo, de publicidad o comercialización; sistemas de administración y control interno; Know How; y demás elementos que sirven de mecanismos con los cuales logra el desarrollo de su actividad comercial, diferenciados por una determinada marca, nombre comercial, signos distintivos transferidos o cedidos a título no translaticio de dominio, a una persona natural o jurídica la cual goza de la calidad de comerciante, denominada franquiciado. También se conoce al franquiciante como aquel sujeto que detenta la marca y el Know How de comercialización de un determinado bien o servicio, cediendo contractualmente los derechos de reventa y uso y proveyendo asistencia en la organización, gerencia y administración del negocio para los franquiciados”.*¹²

Ahora bien, con respecto al **franquiciado, franquiciatario** o *franchisee*, se puede indicar que también puede ser una persona física o jurídica, la cual debe cumplir los requisitos y las

¹¹ “En el caso de las franquicias uno de los valores de mayor importancia son las regalías que los franquiciatarios deberán pagar al franquiciante con una frecuencia determinada. [...] Al final del día, cada franquiciatario es un socio que ha invertido parte de su capital en el concepto del franquiciante”. Luna Oropez, Elliot. *La empresa como ser humano*. Primera. Estado de México, México: Innovación Editorial Lagares de México, 2013. Sin página.

¹² Devia Neira, Camilo; Donosso Leal, Donny; Anderson Rojas Mosquera, Israel. "Estudio Doctrinario y Legislativo del Contrato de Franquicia." *Monografía de grado para optar por el título de abogado. Universidad de la Sabana*. <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5442/129312.pdf?sequence=1> (último acceso: 10 de enero de 2016).

características deseadas por el franquiciante. Esto se conoce como el *intuitio personae* del franquiciado, de esto se comentará en la siguiente sección.

Los franquiciados son los autorizados para desarrollar el negocio exitoso del franquiciante. En otras palabras, son quienes ejecutan el contrato y expanden la red de la franquicia por cuenta propia, por medio de su actuar e inversión. Evidentemente, deben realizarlo en un territorio diferente del cual se encuentra domiciliado el franquiciante, así como los restantes franquiciados.

Desde un punto de vista doctrinario, se puede conceptualizar a esta parte como aquella:

“Persona natural o jurídica, [...] con calidad de empresario, jurídicamente independiente a la persona del franquiciante, la cual recibe a cambio del pago en dinero de un derecho de entrada, la facultad contractual de explotar económicamente los bienes y servicios en cabeza del franquiciante [...], para establecer en un territorio delimitado geográficamente y por un término prefijado, un establecimiento comercial con base en las indicaciones establecidas por el franquiciante, con el ánimo de captar recursos del mercado, bajo la tutela de éste, asumiendo de forma independiente los riesgos económicos que del éxito del establecimiento sobrevengan”.¹³

Como se desprende de la cita anterior, el franquiciado es una persona completamente independiente del franquiciante¹⁴. Ello no solo desde el punto de vista jurídico, sino además económico. A pesar de que el franquiciado entra a formar parte “*de la cadena uniforme de comercialización de bienes o servicios*”¹⁵ del franquiciante, desde el punto de vista económico (cuentas, gastos de arrendamiento, salario de empleados, gastos operativos, entre otros), son empresas autónomas.

¹³ Devia, Camilo; *et al.* "Estudio Doctrinario y Legislativo del Contrato de Franquicia". Pág. 53. *Op.cit.*, Pp. 12.

¹⁴ “*Franquiciado [...] es la persona natural o jurídica, que desarrolla el modelo de negocio del franquiciante de manera independiente [...]*”. Peña, Lisandro. 2014. *De los contratos mercantiles...* Pág. 506. *Op. cit.*, Pp. 7.

¹⁵ Peña, Lisandro. *Op. cit.*, Pp. 7.

Una vez claros los conceptos de franquiciador y franquiciado, cabe mencionar algunas de sus obligaciones esenciales, las cuales surgen precisamente de su relación jurídica. Las obligaciones que asuman las partes dependerán del tipo de franquicia que suscriban. No obstante lo anterior, en este apartado se hará referencia a las obligaciones generales que surgen de un tipo de contrato de franquicia internacional. Ello por cuanto en la Sección Tercera del presente Capítulo se estudiarán los tipos de franquicia existentes a nivel internacional.

La obligación primordial del franquiciante es la de comunicar a sus franquiciados el *know how*; es decir, transmitirles todos los conocimientos necesarios para el desarrollo del negocio, el cual posee la garantía de ser exitoso. El *know how*, el cual será un punto que se desarrollará de forma más amplia posteriormente, es el elemento esencial de la franquicia, por cuanto gracias al conjunto de conocimientos, técnicas, recetas, entre otros, la empresa franquiciante se logró convertir en una franquicia. De su efectiva trasmisión y puesta en práctica, depende en gran medida el éxito del negocio, sino que de forma completa.

A nivel doctrinario, se ha determinado que esta obligación de “[...] *transmisión del know-how inicial se hará, usualmente, mediante la entrega del manual operativo de la franquicia y la prestación de la asistencia primera prevista en el propio contrato a tal fin*”¹⁶. No obstante, según la complejidad del negocio, se requerirán algunas otras actividades, como por ejemplo: capacitación de personal, indicación de proveedores, entre otras.

Lo anterior, se encuentra aparejado con la obligación que posee el franquiciador de ceder al franquiciatario, el uso de los bienes incorporeales que integran la franquicia. Entre estos bienes se encuentran: el nombre comercial, la marca, patentes, entre otros¹⁷.

¹⁶ Lázaro Sánchez, Emilio J. "El Contrato de Franquicia (aspectos básicos)". *Anales del Derecho* (Universidad de Murcia) 18 (2000) <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57581> (último acceso: 18 de julio de 2016). Pág. 109.

¹⁷ “*El franquiciador está obligado a conceder la licencia de marca al franquiciado sin ningún tipo de límites. Deberá cederle sus derechos de uso de signos de identificación, como logotipo, marca, nombre comercial, rótulos, eslóganes, membretes, etc.*”. Miquel Peris, Salvador; Parra Guerrero, Francisca; Lhermie, Christian;

Como contraparte, el franquiciado tiene asimismo la obligación de preservar ese *know how* que le ha sido revelado. Es decir, no puede ceder ese conocimiento a terceros ajenos a su empresa, los cuales no posean relación con la red de franquicia o no estén involucrados con el desarrollo del negocio.

A nivel doctrinario se le conoce como obligación de secreto y precisamente busca evitar que “[...] los métodos del franquiciador sean aprovechados por un competidor”¹⁸. Por lo anterior, es común encontrar en este tipo de contratos cláusulas que subordinan al consentimiento del franquiciador la cesión de los derechos de franquicia, la eventual cesión del establecimiento, las cuales prohíben la participación del franquiciado en sociedades competidoras, entre otras.

Esta obligación de “no hacer” del franquiciado, posee una excepción. En los contratos de máster franquicia¹⁹, las partes son: **(i)** el máster franquiciante; **(ii)** el máster franquiciado; y **(iii)** los sub-franquiciados. En este modelo de contrato, el máster franquiciado está autorizado para sub-franquiciar el negocio, de forma tal que, por evidentes motivos, debe cederles a sus sub-franquiciados, los conocimientos adquiridos del máster franquicia.

Asimismo, dentro de ese deber de preservación, el franquiciado debe procurar que el *goodwill* o buen nombre que ha construido el franquiciante, no se vea mermado por actividades u omisiones que le sean imputables. Lo anterior, por cuanto la afectación no la sufriría el franquiciado como empresa individual, sino la red de franquicia (incluidas las demás personas físicas y jurídicas que la conforman), quien se vería perjudicada.

Miquel Romero, María José.. *Distribución comercial*. Sexta Edición. Madrid:Editorial ESIC, 2008. Pág. 138.

¹⁸ Lázaro, Emilio J. *Op. cit.* Pp. 16.

¹⁹ “Es el resultado de exportar una franquicia de un país de origen a otro a través de la presencia de un máster franquiciado, a quien el franquiciador dueño de la marca vende los derechos de sus franquicias para que los desarrolle en el país destino. El máster franquiciado es responsable del desarrollo de la marca, de seleccionar a los franquiciados y adaptar el concepto a las características específicas de su mercado”. Levy-Dabbah, Simón. *Globalización Económica. Cómo manejar con éxito los negocios entre México y Sudamérica*. Primera. México: Ediciones Fiscales ISEF, 2003. Pág. 84.

Otra de las obligaciones que posee el franquiciador es suministrar los insumos y las materias primas al franquiciado, con el fin de que este pueda poner en marcha el negocio. De acuerdo con el tipo de franquicia serán las mercaderías que le sean puestas a disposición²⁰. Sin embargo, en este deber en específico se ve involucrada la transmisión de mercaderías de una parte a otra. Precisamente en este supuesto es en donde podría entrar a regir la CISG en la relación jurídica de las partes. No obstante, este tema será tratado en el Capítulo III y, por lo pronto, cabe destacar y dejar en claro la obligación mencionada.

Por otra lado, el franquiciatario también posee como obligación esencial, pagar el precio, como contrapartida del contrato, el cual es “*la contraprestación financiera a realizar por el know how, la asistencia técnica, la licencia de marca, etc.*”²¹. Esta se divide en dos: **(i)** el precio de entrada o *fee*; y **(ii)** las regalías o *royalties*. El precio de entrada es una suma monetaria que paga el franquiciado para entrar a la red de franquicia. Esta suma de dinero se paga una única vez. “*El desembolso inicial se hace en función de la asistencia técnica, la formación del franquiciado y su personal, la transmisión del saber hacer y el derecho de explotación de la marca*”²².

En otro orden de ideas, las regalías son sumas de dinero que se pagan periódicamente al franquiciador y se corresponden con un porcentaje de las ganancias que ha obtenido el franquiciado por desarrollar el modelo de negocio de su franquiciante.

Estas sumas de dinero, en especial los *royalties*, deben pagarse de forma puntual, caso contrario, el franquiciador podría interpretar que hay una violación esencial al contrato internacional de franquicia, que se configura como una causal para resolver unilateralmente la relación jurídica con la otra parte. Resulta relevante destacar que, cuando el franquiciante dote de mercaderías al franquiciado, “[...] obviamente, el franquiciado habrá de pagar

²⁰ “*En los contratos de franquicia, sobre todo en el de franquicia de distribución se prevé unas condiciones de aprovisionamiento del franquiciado por parte del franquiciador o por parte de sus proveedores. Esta obligación de aprovisionamiento puede ser total o parcial. A veces el franquiciado no puede aprovisionarse nada más del franquiciador o de sus proveedores, pero otras veces tiene la libertad de realizar un cierto porcentaje de sus compras a los proveedores que estime oportuno.*” Miquel, Salvador; *et al. Op. cit.*, Pp. 17.

²¹ Miquel, Salvador; *et al. Op. cit.* Pp. 17.

²² *Ibíd.*

*también el precio de las materias primas, mercancías o productos suministrados por el franquiciador”.*²³

Otra de las obligaciones inherentes al contrato internacional de franquicia que posee el franquiciador –la cual se configura más como un derecho-, es el control al franquiciado. Es así como, el franquiciante posee el derecho-obligación de ejercer cierto control sobre las personas físicas o jurídicas que integran su red de franquicia²⁴. Este control no es absoluto ni tampoco se configura como una relación laboral.

Cabe recordar que en los contratos de franquicia, ya sean domésticos o internacionales, las empresas que forman parte del acuerdo son independientes una de la otra. Esta obligación surge más por una potestad que posee el franquiciador de supervisar su red de franquicia, con el fin de verificar que el desarrollo del negocio se realice tal como este lo ha especificado.

Este derecho-obligación puede ser ejercido en cualquier momento por el franquiciante, incluso sin previo aviso. Esto ha sido aceptado desde la perspectiva de la doctrina, la cual en este sentido ha establecido como obligación o derecho del franquiciante: “[...] *d) Inspeccionar periódicamente el o los establecimientos: Sin previo aviso, a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del franquiciado. Esta puede ser hecha por el mismo franquiciante o por un tercero designado por él*”.²⁵

Como contrapartida, el franquiciado está obligado a explotar la empresa franquiciada tal cual el franquiciante se lo ha indicado. De tal forma se ha establecido: “*El franquiciado*

²³ Lázaro, Emilio J. *Op. cit.* Pp. 16.

²⁴ “Este precepto contiene un deber del franquiciado correlativo al derecho del franquiciador a ejercer un control sobre la red. Normalmente, la actividad inspectora (de control) del franquiciador se concentra en visitas regulares a los establecimientos del franquiciado para comprobar que los niveles de calidad se mantienen adecuadamente y que la empresa franquiciada se ajusta al método comercial y a las instrucciones impartidas.” Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve; Sánchez González, María Paz. *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. España: Atelier, 2012. Pág. 1598.

²⁵ Carrasco, Pablo. "El contrato de franquicia en Ecuador, aspectos jurídicos y económicos." *Tesis para optar por el grado de doctorado en Derecho. Universidad Internacional SEK*. 2005. <http://repositorio.uisek.edu.ec/jspui/handle/1234> (último acceso: 18 de julio de 2016). Pág. 77.

tiene la obligación de aplicar los métodos y procedimientos aportados por el franquiciador, siguiendo las directrices comerciales y de gestión que éste le marque".²⁶

Hasta cierto punto esta obligación es flexible, en el tanto el franquiciado tiene derecho a incorporar mejoras al modelo de negocio, pero estas deben ser notificadas al franquiciador²⁷. Ello con el fin de alimentar la franquicia y compartir esas mejoras con los demás que integran la red. En los contratos de franquicia generalmente se incluyen cláusulas de reciprocidad (*grantback*)²⁸.

Otra de las obligaciones del franquiciador es la de asesoramiento y asistencia²⁹. Es así como este no solo debe asesorar al franquiciado al momento de iniciar las operaciones, sino que debe capacitarlo constantemente de las mejoras sobre el modelo de negocio. De igual forma, debe prestarle asistencia en todo momento y contar con empleados que se encarguen de efectuar estas funciones en forma oportuna. Ello por cuanto el franquiciado incluso

²⁶ Miquel, Salvador; *et al. Op. cit.* Pp. 17.

²⁷ "El franquiciado está obligado a comunicar al franquiciador cualquier modificación que aparezca o que desee aplicar en su estructura. [...] El franquiciado comunicará toda novedad al franquiciador, como por ejemplo la modificación del capital, venta o cese de actividad, etc.". Miquel, Salvador; *et al. Op. cit.* Pp. 17.

²⁸ "Los contratos de franquicia [...] podrían también incluir lo que se conoce como cláusulas de reciprocidad ("grantback"). De acuerdo con estas cláusulas al sub-franquiciador, o subfranquiciado, se le pide que transmita cualquier experiencia que haya obtenido en la explotación de la franquicia al franquiciador, así como que conceda al franquiciador, y a los otros sub-franquiciadores y subfranquiciados de la red, una licencia no exclusiva para el know-how resultante de esa experiencia. Un sub-franquiciador o sub-franquiciado puede en otras palabras ser contractualmente obligado a conceder al franquiciador una licencia para los desarrollos y mejoras que haya hecho al know-how como resultado de su propia experiencia en el negocio. La razón por la que las cláusulas de reciprocidad ("grant-back") son generalmente admitidas, es que la red de franquicia es una estructura integrada que está basada en la cooperación de un número de empresas diferentes y que el franquiciador y todos y cada uno de los subfranquiciadores y sub-franquiciados deben estar pues igualmente facultados para obtener las ventajas de cualquier mejora realizada en el sistema. La uniformidad de la red disminuiría, y consecuentemente su valor decrecería, si sólo uno de sus miembros pudiera beneficiarse de todas las mejoras realizadas al know-how". Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado. "Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional". 2005. <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf> (último acceso: 18 de julio de 2016).

²⁹ "Justificadas en el mantenimiento del prestigio de la franquicia y de su homogeneidad, en los contratos de franquicia suelen establecerse cláusulas que, al conferir al franquiciador ciertas facultades de control o seguimiento de las actividades del franquiciado, implican otros tantos deberes u obligaciones, siquiera accesorios, del franquiciado". Lázaro, Emilio J. *Op. cit.* Pp. 16.

podría aseverar que el negocio no se ha desarrollado de forma correcta por la ausencia del franquiciante en dicho proceso.

En seguimiento de lo anterior, al franquiciador se le debe haber relevado todos los secretos empresariales, comerciales e industriales de su empresa y enseñar todos los métodos, las recetas y los procedimientos de su modelo exitoso de negocio; en ese sentido, el franquiciado tiene la obligación de no competencia. El franquiciado no puede ejercer competencia en contra de su franquiciador, ni directa ni indirectamente. Cabe indicar que esta obligación permanece no solo en la duración del vínculo de las partes, sino además, se extiende posterior al rompimiento de esta. El plazo puede estar establecido en una ley del ordenamiento jurídico que aplica al contrato o en el contrato mismo³⁰.

En resumen, el elemento subjetivo del contrato internacional de franquicia está integrado por dos partes: **(i)** el franquiciador; y **(ii)** el franquiciado. Ambas partes poseen, a raíz del acuerdo que celebran, derechos y obligaciones recíprocas, las cuales deben cumplirse conforme a las exigencias de cada una de ellas.

En el siguiente apartado se ahondará en el elemento objetivo que integra el contrato bajo estudio, con el fin de continuar con el establecimiento de los parámetros generales de este.

B. Elemento objetivo

Supra se mencionó en forma breve el objeto del contrato internacional de franquicia. Precisamente, el objeto de este contrato es uno de los elementos más relevantes del mismo y no por ser la motivación de las partes al momento de pactar, sino porque del objeto

³⁰ “Es frecuente en el clausulado contractual una estipulación limitativa de los productos o servicios ofertables en el establecimiento o la prohibitiva de desarrollar el mismo género de comercio objeto de la franquicia, incluso tras su extinción. En cualquier caso, habrán de tenerse en cuenta las limitaciones temporales que, por razón de defensa de la competencia, coartan la libertad en su determinación, sin perjuicio de que haya de reconocerse ilimitada en el tiempo la restricción relativa al uso y cesión de los conocimientos técnicos que, no siendo de dominio público, se hubieran puesto en conocimiento del franquiciado”. Lázaro, Emilio J. *Op. cit.* Pp. 16.

contractual cedido, depende el éxito del desarrollo del contrato. Por lo tanto, el *know how* es uno de los elementos de los contratos de franquicia, sino el más importante.

El *know how*, traducido por la doctrina como “saber hacer”, está “[...] formado por una serie de conocimientos técnicos o comerciales conservados en régimen de secreto que mejoran sensiblemente la producción o distribución de los productos o prestación de los servicios [...]”³¹. Es decir, la particularidad fundamental del *know how* es su carácter secreto, debido a que la tecnología que es de conocimiento público o la tecnología patentada no entran dentro del concepto bajo estudio. Lo anterior se debe a que el objeto del contrato bajo estudio supone un monopolio fáctico de un conocimiento especializado, aplicado ya sea a una industria o una organización empresarial. El quid del asunto radica en su carácter secreto.

En resumen, se puede afirmar que el *know how* es un “[...] secreto empresarial, arte de fabricación o, según los franceses, como *savoir faire*”³², todos ellos términos que aluden a “[...] un conocimiento no patentado, susceptible de valoración económica, el cual le reporta a quien lo tiene, una ventaja competitiva en el mercado”³³.

Como se aprecia, el *know how* es más de lo que el término en sí podría describir, en el tanto este concepto se encuentra contenido por una gran cantidad de elementos que lo hacen valioso, desde el punto de vista tanto comercial, económico como jurídico. El *know how* es un conjunto de sapiencias, las cuales precisamente permiten replicar un modelo de negocio exitoso, a cambio de un valor económico, como se indicó, son los *royalties* y el derecho de entrada. En otras palabras, “[...] es un conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador, verificados por éste en la práctica, y relativos a la venta de productos, o a la prestación de servicios a los usuarios finales”³⁴.

³¹ Lázaro, Emilio J. *Op. cit.* Pp. 16.

³² López Guzmán, Fabián. *El contrato de franquicia internacional*. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2008. Pág. 349-350.

³³ *Ibidem*.

³⁴ González Martínez, José Antonio. «El contrato de franquicia internacional.» *Difusión Jurídica Bolivia*. <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro115/lib115-4.pdf> (último acceso: 21 de enero de 2017). Pág. 128.

Asimismo, se ha indicado que el término *know how* “[...] alude al conocimiento exclusivo que tiene una persona, natural o jurídica, con carácter secreto, aplicable a la industria o al comercio, y que puede ser explotado en forma directa, o transmitido para ese mismo fin a terceros”³⁵. Es decir, el *know how* es un conjunto de conocimientos, técnicas, instrucciones y otros elementos que permiten al franquiciante lograr que su negocio se vuelva precisamente en una franquicia y el cual además permite, por medio de la transmisión del mismo, la réplica de ese modelo de negocio en cualquier parte del mundo.

Este “[...] se transmite en un conjunto de documentos denominado paquete de franquicia (*package of franchising*)”³⁶, el cual debe contener “[...] respuesta a todas las dudas que se susciten durante el desarrollo de la actividad de su negocio”³⁷. Valga indicar, este paquete debe contener “[...] todas las instrucciones indispensables para instalar, desarrollar y poner en marcha el negocio, como los manuales de instalación, de control de calidad, jurídico, mercadotecnia, económico financiero, etc.”³⁸.

Además, es importante tomar en consideración que el *know how* también incluye todas esas prácticas que el franquiciado no debe realizar, pues precisamente por la experiencia del franquiciante, condensada en ese saber hacer, se tiene conocimiento de cuales actividades, prácticas o técnicas no deben ser utilizadas. Por lo anterior, el objeto de este contrato cobra un valor importante a nivel comercial y económico, y, a su vez, es un eje central del contrato internacional de franquicia.

En resumen, sin el *know how* ninguna persona física o jurídica puede franquiciar su empresa; por lo tanto, este se vuelve el objeto esencial del contrato. Este saber hacer permite que las empresas se vuelvan modelos de negocio exitosos replicables a lo largo y ancho del mundo. Su carácter secreto lo convierten en un aspecto valioso desde el punto de vista comercial y económico, por ello su transmisión e importancia a nivel de los negocios

³⁵ López, Fabián. *Op. cit.* 32.

³⁶ Peña, Lisandro. *Op. cit.* Pp. 7.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

lo convierten en un elemento merecedor de protección jurídica, por medio de la figura contractual bajo estudio.

Sobre la forma de transmisión, el *know how* generalmente se encuentra condensado en documentos, como por ejemplo, el manual de franquicia. Este se entrega al franquiciado posterior a la firma del contrato, o por el contrario, en las negociaciones. Eso sí, en la circunstancia de que el potencial franquiciatario obtenga el manual de franquicia en la etapa de negociación, en este tipo de transacciones es una práctica acordar una cláusula de confidencialidad, en caso que las partes no lleguen a ningún acuerdo y no se obliguen contractualmente.

Alguna información común de encontrar en el manual de franquicia es información relacionada con procesos y calidad, publicidad y gestión comercial, una guía técnica, normativa sobre publicidad, una guía de gestión administrativa, lista de productos o proveedores, entre otros.

Como se puede concluir, el *know how* se convierte en la receta de la franquicia, la cual permite desarrollarla al punto del éxito. Si este conocimiento no es transmitido correctamente o no es actualizado y supervisado, la consecuencia para la franquicia y su red, podría ser muy negativa.

Una vez claro el concepto y los alcances del objeto del contrato bajo estudio, se procederá a desarrollar el contenido de este, lo cual corresponde al último apartado de esta Sección.

C. Contenido del contrato

El cúmulo de elementos que conforman el contrato de franquicia internacional resulta considerable, por cuanto este tipo de contratación depende de gran cantidad de documentos, sub-acuerdos y elementos tanto corporales como incorporales para su desarrollo. El objetivo del presente apartado es el breve estudio de dichos elementos.

i. Acuerdos de compraventa

De acuerdo con el tipo de franquicia internacional que suscriban las partes, existe la posibilidad de que se configuren acuerdos de compraventa. En el apartado anterior se analizó como posible obligación del franquiciante, entregar mercaderías a sus franquiciados, y, como contraprestación, la obligatoriedad de los que conforman la red de franquicia, de cancelar las sumas de dinero correspondientes.

Es de reconocido derecho el concepto de este tipo de acuerdos, pero a modo de ilustración, se puede mencionar el concepto que presenta la CISG, instrumento convencional que se analizará con posterioridad. Si bien es cierto, la Convención de Viena no establece un concepto claro o una definición expresa:

*“[...] de los artículos 30 y 53 relativos a las obligaciones de las partes en el contrato se deriva su concepto clásico y tradicional: contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar y transmitir la propiedad de unas mercaderías y el comprador se compromete a pagar el precio y a recibirlas”.*³⁹

Ahora bien ¿cuáles bienes podría entregarle el franquiciante al franquiciado? Entre algunos de los bienes que pueden ser entregados, ya sea una única vez o de forma continua, están: las materias primas, la maquinaria especializada, los bienes mobiliarios, el material publicitario o promocional, los bienes terminados para su reventa, entre otros.

Ello ha sido ampliamente estudiado a nivel doctrinario; por ejemplo, se ha indicado: *“Junto con los materiales para la puesta en funcionamiento del negocio, es frecuente que las partes convengan que el franquiciador va a suministrar al franquiciado en exclusiva ciertos productos e insumos [...]”*⁴⁰.

³⁹ Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

⁴⁰ López, Fabián. *Op. cit.* P. 32.

Desde una perspectiva más específica se ha establecido:

*“En la franquicia de distribución el franquiciado fabrica él mismo las mercaderías, puesto que el franquiciador le ha instruido a hacerlo. [...] el franquiciador tan sólo suministrará las materias primas para que aquél pueda elaborar las mercaderías. Por el contrario, en la franquicia de distribución el franquiciante le suministra al franquiciado las mercaderías, los ingredientes, los productos químicos, los tintes, las esencias, las sustancias especiales para el sabor de los alimentos, etc. Lo mismo se puede decir de la franquicia de servicios”.*⁴¹

En los casos donde las mercaderías que se transmiten o transfieren sean mobiliario, maquinaria o elementos necesarios para el desarrollo inicial del negocio, se entiende que los acuerdos serán únicos; es decir, suscritos una única vez. Sin embargo, en la circunstancia de que las partes se comprometan a entregarse en forma mutua o unidireccionalmente sustancias o materias necesarias para el desarrollo constante del negocio, resulta evidente que así deberá ser el acuerdo de compraventa.

Estos acuerdos pueden ser independientes, o por el contrario, encontrarse dentro del articulado del contrato internacional de franquicia. En forma independiente de donde se encuentre el convenio, se debe tomar en consideración que el mismo se localiza dentro del contrato marco, cual es precisamente el de franquicia internacional. Este punto en concreto es relevante tenerlo presente, no solo por cuanto será de utilidad para el desarrollo de los posteriores capítulos del presente estudio, sino además porque el contrato de franquicia se convierte en una de las figuras jurídicas más complejas, por la gran cantidad de elementos que contiene.

⁴¹ *Ídem.*

ii. Acuerdos de confidencialidad

A lo largo del presente estudio se han hecho breves referencias a este tipo de acuerdos. Los contratos de confidencialidad resultan de vital importancia en el tipo de contrato bajo estudio; pues de ellos depende que el secreto el cual vuelve valioso el negocio, siga siendo precisamente un secreto.

Entonces es habitual encontrar este tipo de cláusulas en los contratos de franquicia, las cuales buscan dotar de protección tanto al *know how* del franquiciador, como a cualquier otra información de valor económico, comercial, industrial y jurídico, que se entregue a las empresas o personas que conforman la red de franquicia. Mediante tales cláusulas, surge un claro compromiso de no comunicar el *know how* del franquiciador a terceros. Ello posee vínculo con la obligación de no hacer referida en la Sección anterior.

Según la Guía de Franquicia de UNIDROIT y como ya se ha indicado anteriormente:

*“[...] la obligación de confidencialidad no llega a su fin con la terminación del contrato, sino que normalmente durará hasta que la información haya llegado a ser pública. Sin embargo se debe hacer notar que en algunas jurisdicciones esta obligación continuará obligando a la parte que la ha asumido incluso cuando el know-how, sin culpa de ninguna de las partes implicadas, haya llegado a ser de conocimiento público durante la duración del contrato”.*⁴²

De igual forma y como ya se adelantó, así como las partes pueden acordar que esta obligación permanezca –aunque el contrato de franquicia internacional ya no se encuentre vigente–, se podría incluso pactar un acuerdo de confidencialidad en la fase precontractual. Es decir, el franquiciador puede solicitarle al potencial franquiciado que firme un pacto de confidencialidad, aunque el *know how* no le haya sido revelado, y más aún, cuando ya le fue revelado. Ello porque incluso en la fase precontractual, el franquiciante puede dar a

⁴² Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado. *Op. cit.* Pp. 28.

conocer detalles importantes de su franquicia, los cuales pueden merecer especial protección⁴³.

Se ha afirmado por parte de la doctrina que este tipo de acuerdos deben: “[...] *reflejar cuál es la información que tiene carácter confidencial, así como debe prever las obligaciones relacionadas con la utilización de dicha información, debiendo especificar las personas que pueden llegar a tener acceso a dicha información*”⁴⁴. La información confidencial sería aquella acumulada industrial o comercialmente para desarrollar o mejorar la actividad de la empresa, siempre que pueda suministrar ventajas competitivas y beneficios económicos a su poseedor.

Al igual que los acuerdos estudiados supra, estos pueden incluirse en el contrato marco, o bien, ser contratos independientes. En este último caso, las partes deben determinar si el contrato será considerado o no parte integral del contrato marco. Es decir, a pesar de que el acuerdo de confidencialidad no se encuentre contenido en el contrato de franquicia internacional, el primero puede estimarse parte integral del segundo.

iii. Acuerdos de no competencia

Otra cláusula normalmente incluida en los contratos de franquicia internacional, es la de no competencia, la cual se configura incluso como una obligación del franquiciado y de esta ya se ha hecho mención en el presente estudio. El propósito del franquiciante es proteger y preservar su saber hacer, así como evitar que se diluya la imagen de la red de franquicia.

⁴³ “*La información precontractual debe ser veraz y no engañosa, a cambio de la confidencialidad por parte del franquiciado potencial*”. Suprun, Daria. «Contratos Internacionales de Franquicia.» *Trabajo fin de máster, Universidad Complutense de Madrid*. 2013. http://eprints.sim.ucm.es/22754/1/TFM_Suprun_Daria.pdf (último acceso: 18 de julio de 2016). Pág. 42.

⁴⁴ Jiménez Mariscal, Salvador. «El Contrato de Franquicia. Como negociar los contratos de Franquicia.» *V Jornadas de Distribución Comercial y Comercio Interior. Universidad de Castilla – La Mancha*. 1998. Disponible en: <http://www.mmlegal.es/pdf-franquicias/contrato.pdf> (último acceso: 21 de enero de 2017). Pág. 5.

La validez de esta cláusula varía de acuerdo con el ordenamiento jurídico que regule el contrato, ya sea el elegido por las partes o el que resulte aplicable por otras razones; por ejemplo: los puntos de conexión, la normativa de aplicación directa, las normas de orden público de alguno de los Estados de las partes, entre otros. Ello se debe a que surgen ordenamientos mucho más restrictivos que otros en temas de competitividad. A pesar de ello, se ha entendido que:

“[...] incluso si puede no ser siempre posible hacer cumplir tal cláusula respecto de territorios que no son parte del mercado actual o potencial del franquiciador, su presencia en el contrato asegurará que el [...] franquiciado no pueda utilizar el know-how del franquiciador sin permiso”.⁴⁵

Este acuerdo posee una extensión mayor, ajena incluso al contrato de franquicia. Al franquiciado:

“[...] puede además exigírsele que no adquiera intereses financieros en el capital de una empresa competidora, puesto que tal interés financiero colocaría al know how en serio riesgo de ser comunicado a competidores y sería extremadamente difícil probar que el competidor no hubiera desarrollado él mismo el know how que estaba utilizando”.⁴⁶

Por ello, al momento de estudiar el contrato internacional de franquicia, se ha hecho reiterada mención a la red de franquicia. Al suscribirse un acuerdo de este tipo, las partes, principalmente los franquiciados, se unen a un grupo de empresas que buscan el desarrollo y el progreso de la franquicia, por medio de colaboración mutua, comunicación de avances y, por supuesto, la preservación del *know how*.

Al momento en que el acuerdo de franquicia finaliza, se termina el derecho de explotación del modelo de negocio. No obstante, a este momento ya se ha efectuado una transmisión

⁴⁵ Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado. *Op. cit.* Pp. 28.

⁴⁶ *Ibidem*.

del *know how* y demás conocimientos relevantes de la red de franquicia. En otras palabras, el evento de que el acuerdo de franquicia finalice, “*este hecho no puede impedir que el franquiciado use los conocimientos adquiridos de manera práctica para lanzar su propio negocio sin afectar los derechos del franquiciador*”. Esta situación precisamente busca ser resuelta por medio de los acuerdos de no competencia. Ha establecido la doctrina:

“Este dilema legal se resuelve incluyendo cláusulas de no competencia que no comparten los derechos de ninguna de las dos partes y para esto deben estar limitadas en el tiempo, espacio y sector de la actividad de la franquicia. Aun en aquellos casos en los que se presente una terminación unilateral injustificada pueden ser válidas las cláusulas de no competencia, que son completamente independientes de las cláusulas de cumplimiento que fija indemnizaciones a la contraparte”.⁴⁷

Como se aprecia, esta cláusula puede mantener su vigencia, aun cuando el contrato de franquicia ha finalizado. Ello con el fin de preservar el *know how* y la imagen de la red de franquicia, como bien ya se ha indicado.

iv. Acuerdo de exclusividad territorial

Para que una franquicia resulte exitosa y se pueda garantizar un incremento patrimonial a los franquiciados, resulta vital la determinación de los límites territoriales en donde estos pueden desarrollar el modelo de negocio exitoso. Por lo anterior:

“[...] las franquicias por lo general establecen un marco de exclusividad de funcionamiento de carácter territorial, ya que se concede para su explotación

⁴⁷ Insignares Cera, Silvana (editora). *Contrato de Franquicia Internacional en el marco del TLC Colombia-USA. Perspectivas jurídicas y económicas*. Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte, 2015. Pág. 163.

en exclusiva en una demarcación geográfica concreta de la cual no puede extenderse el franquiciado.”⁴⁸

Lo idóneo es que la exclusividad quede pactada en el mismo contrato, contrario a las anteriores cláusulas o acuerdos estudiados. Esto se debe a que así se evitan situaciones contradictorias que generalmente surgen cuando se presentan conflictos entre las partes por temas de violación a cláusulas de territorialidad.

Cuando esto no ocurre, a nivel jurisprudencial se ha aceptado que la exclusividad territorial sea demostrada por medio de otros documentos. Así por ejemplo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, determinó:

*“Contrario a lo que afirman, tal ligamen y su carácter exclusivo sí se derivan de las probanzas que obran en este litigio. [...] Estos medios probatorios que se aportaron con la demanda, contrario a lo que afirman, no fueron controvertidos, ni negada su veracidad. Si bien se trata –en su mayoría– de documentos privados que no se reconocieron a nivel judicial, eso no les resta eficacia probatoria per se, pues aunque no tienen igual jerarquía que los reconocidos, tampoco es jurídicamente admisible tenerles por inexistentes. Debe considerarse que del análisis conjunto con las demás probanzas es posible cotejar la veracidad de los datos que contienen, como en efecto procedió el Ad quem. [...] La actora aportó, entonces, medios de prueba que valorados en conjunto, atendiendo el mandato del ordinal 330 del Código Procesal Civil, acreditaban la existencia del ligamen exclusivo. Las demandadas por su parte, no proporcionaron ninguna probanza que descarte tal característica”.*⁴⁹

⁴⁸ Madrigal Salazar, María del Rocío. "El Contrato de Franquicia." *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, n° 93 (2009). Pág. 156-160.

⁴⁹ *Trisan S.A. v. Pharmacia & Upjohn S.A. y Pfizer S.A.* 000384-F-S1-2008 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica 6 de junio de 2008) http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=411150&strTipM=T&strDirSel=directo (último acceso: 24 de enero de 2017).

Como se evidencia del extracto anterior y de lo establecido en relación con la cláusula de exclusividad, de ella depende el éxito del negocio. Para que el franquiciado pueda determinar el alcance exacto de los derechos que se le otorgan, resulta importante que sea consciente de cualesquiera exclusiones o limitaciones a esos derechos. Por lo tanto, la cláusula de otorgamiento o exclusividad especificará la medida en que los derechos otorgados al franquiciado han de considerarse exclusivos. Es decir, dichas limitaciones al desarrollo operacional y funcional de la franquicia deben estipularse, de manera necesaria, en el contrato franquicia; pues sirve como disposición imperativa para las partes contratantes, la cual, valga acotar, por lo general no puede modificarse, salvo pacto también en este sentido.

En caso de que un franquiciado vulnere esta cláusula y comercialice los productos u ofrezca los servicios en un territorio que no le fue concedido, se podría exponer a una resolución unilateral del contrato conforme a Derecho. Ello por cuanto es una disposición contractual que generalmente se halla en el contrato de franquicia y, como tal, es ley entre partes.

Un punto que se recomienda incluir en este tipo de cláusulas es el tema de ventas activas y pasivas. Ello por cuanto un franquiciado puede considerar que una venta pasiva no vulnera la cláusula de exclusividad territorial, por el contrario, el otro franquiciado que se ve afectado por esta venta pasiva, sí. Este tema lo pueden regular las partes a nivel contractual, o en otros casos, puede incluso estar regulado por la normativa aplicable al caso. Así por ejemplo, en la Unión Europea existen normativas, directrices y reglamentos que regulan los acuerdos verticales, que generalmente contienen y se relacionan con las ventas activas y pasivas, como por ejemplo: **(i)** las Directrices relativas a las restricciones verticales 2000/C 291/01; y **(ii)** el Reglamento N° 2790/1999 de la Comisión del 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3° del artículo 81 del Tratado de las Comunidades Europeas a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Evidentemente, este no es un tema de relevancia para el objeto de estudio, pero resulta destacable mencionarlo, por cuanto es un tema que puede involucrarse con el tema de la territorialidad de la franquicia.

v. Acuerdos de control y vigilancia

Con el objetivo de que la franquicia posea un buen funcionamiento, resulta normal que las partes pacten acuerdos de control y vigilancia. Bien ya se ha indicado que esto es un derecho del franquiciante, pero en definitiva, debe ser concretado por las partes al momento de suscribir su contrato de franquicia.

Conforme a este pacto, “[...] el franquiciador realizará un control y vigilancia de forma permanente sobre el franquiciado, aunque mantendrá siempre su autonomía jurídica y patrimonial”⁵⁰. Cabe destacar que este control y supervisión no afectan en la independencia que posee una parte de la otra. Ello por cuanto podría creerse que, en virtud de la supervisión que efectúe una sobre la otra, se puede configurar un vínculo laboral, por la semejanza que posee con la supervisión de un patrono con su trabajador. Debe recordarse que este modelo de negocio tiene como característica la independencia jurídica y económica de las partes. Este acuerdo obliga al franquiciado a:

“[...] permitir al franquiciador ejercer la vigilancia de la franquicia, [...] permitir la inspección de sus instalaciones por el franquiciador, en cualquier momento, [...] suministrar al franquiciador los datos operativos verificables para poder determinar el funcionamiento de la franquicia y los estados financieros necesarios para orientar una gestión efectiva, y permitir al franquiciador y/o a sus representantes el acceso a sus locales y a su documentación, a petición del franquiciador y en momentos razonables”.⁵¹

Este acuerdo se configura sobre la base de la confianza que se genera entre las partes. Y esta confianza debe ser bidireccional, por cuanto de ello y otros aspectos depende el éxito del modelo de negocio.

⁵⁰ Jiménez, Salvador. *Op. cit.* Pp. 44.

⁵¹ *Ibidem.*

vi. Marcas

Sin duda, las marcas son uno de los elementos que más motivan a los inversionistas y potenciales franquiciados, a invertir en un modelo contractual como este. Según cuán reconocida sea una marca, a nivel doméstico o internacional, dependerán: el precio de la franquicia, el tamaño de la red de franquicia, los territorios que contienen dicha red, el desarrollo del modelo de negocio, entre otros.

Una marca es cualquier signo apto para distinguir productos o servicios. En función de la franquicia, “[...] en si la marca o signos distintivos [...] es lo que individualiza y distingue a la cadena franquiciada”⁵². La importancia de la marca se relaciona con el público meta o consumidores, los cuales identifican la marca franquiciada con determinados productos o servicios, y, por lo tanto, los asocian con una calidad estandarizada. En virtud de lo anterior:

“[...] es una obligación del franquiciante velar por la protección de su marca, por las inscripciones en los distintos países donde se encuentre la cadena franquiciada. Por otra parte el franquiciado debe velar por el correcto uso de la marca o signos distintivos en la zona de jurisdicción del contrato y defender al franquiciante en su representación cuando se produzca alguna violación a los derechos que emergen del contrato”.⁵³

La marca también está asociada con el *goodwill* o como se traduce a nivel de doctrina, el “buen nombre”. Este anglicismo alude precisamente al buen nombre comercial o la buena reputación que adquiere una empresa por su servicio al cliente, por la calidad de sus productos o servicios, por los precios, entre otros. A pesar de que este elemento es incorporeal, también posee un gran valor; pues gracias al *goodwill* y a una marca posicionada, una empresa puede franquiciarse y colocarse en países de distintas culturas, costumbres y tradiciones.

⁵² Carrasco, Pablo. *Op. cit.* Pp. 25.

⁵³ *Ibidem.*

Se ha afirmado que la marca:

*“[...] hace a la esencia del contrato de franquicia internacional, que el franquiciante sea titular de una marca sobre un producto o servicio, ya que la clientela es atraída por el renombre y prestigio de la misma, y por supuesto que el franquiciado además de utilizar su marca, utilice también sus signos y símbolos distintivos, juntamente con una serie de normas con relación a la forma de actuar del franquiciado, en cuanto a la actividad y administración a desarrollar”.*⁵⁴

En resumen, la marca se encuentra contenida dentro del contrato de franquicia internacional y, por su gran valor, ambas partes poseen obligaciones relacionadas con ella. Por parte del franquiciante, el preservar la marca y asegurarla desde el punto de vista jurídico. En contrapartida, el franquiciado debe cuidar la marca y ese *goodwill* forjado por el franquiciante y los demás miembros de la red de franquicia.

Ahora bien, una vez abarcado todos los apartados de la presente Sección, los cuales se relacionan con los elementos que integran el contrato de franquicia internacional, se procederá a establecer las características propias de este acuerdo.

Sección II: Características del contrato internacional de franquicia

Todos los contratos típicos o atípicos, poseen características y la normativa, la doctrina, la jurisprudencia e incluso los usos y costumbres las determinan. Conocer las características de los contratos resulta de vital importancia; pues esto permite ahondar en la figura contractual, sus alcances, limitaciones, regulaciones y posibles efectos. Por lo anteriormente expuesto, a continuación se procederá a explicar de forma breve cada una de las características inherentes a los contratos internacionales de franquicia.

⁵⁴ Ortega Giménez, Alfonso. «El Contrato de Franquicia Internacional» *Revista vLex Internacional*, n° 4. enero de 2009. http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search/*/franquicia/WW/vid/56289569 (último acceso: 21 de enero de 2017).

A. Consensual

Cualquier contrato requiere la expresión de la voluntad de las partes de contratar y obligarse en forma mutua; este aspecto no es la excepción. Para poder efectuar un contrato internacional de franquicia se requiere precisamente que las partes, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, externen su intención de contratar mutuamente.

Ha manifestado la doctrina al respecto:

*“Tal conclusión es de todo punto vista lógica, toda vez que la regla de oro en materia de perfeccionamiento de los contratos es aquella que dice que todos son consensuales, a menos que la ley los afecte al cumplimiento de alguna solemnidad. 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 formar los contratos y no exista necesidad de otros requisitos que digan relación con su naturaleza o especie”.*⁵⁵

Desde el punto de vista de la doctrina se ha indicado que: *“Los contratos de franquicia nacional e internacional se perfeccionan por el libre acuerdo de voluntades, es decir, son consensuales”*⁵⁶. El contrato se perfecciona con el solo beneplácito de las partes y no requiere de otros elementos para su validez⁵⁷. En otras palabras, el requisito es el consentimiento de las partes, con prescindencia de formalidades *ad solemnitatem*⁵⁸.

A pesar de lo anterior, es relevante destacar que esta expresión de voluntad es en principio suficiente, pero dependiendo del derecho que gobierne el contrato, podrían surgir algunos requisitos formales. Por ejemplo, en Colombia, la franquicia internacional requiere su

⁵⁵ Maldonado Calderón, Sonia. *Contrato de Franchising*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994. Pág. 74.

⁵⁶ López, Fabián. *Op. cit.* 32.

⁵⁷ Peña, Lisandro. *Op. cit.* Pp. 7.

⁵⁸ Maldonado, Sonia. *Op. cit.* Pp. 55.

registro en el Banco de la República, así como en el Ministerio de Comercio Exterior, por considerarse en ese país, que se trata de una inversión de capitales⁵⁹. Asimismo, se puede requerir además, por un tema de oponibilidad a terceros, requisitos de publicidad.

Tomando en consideración lo anterior, se puede afirmar que el contrato internacional de franquicia es consensual porque requiere la expresión de voluntad de las partes. Esto será suficiente para entender la existencia de un acuerdo de tal naturaleza. Sobre su validez, ya dependerá de la normativa que las partes elijan para regular su relación jurídica.

B. Atípico o innominado

A nivel nacional, lo mismo que en muchos otros países, este tipo de contrato no se encuentra regulado en una norma positivizada, sino que por al contrario, se regula generalmente por los acuerdos de las partes. Cabe recordar que los contratos atípicos son los que:

*“[...] no están definidos por la legislación positiva, están reconocidos por la realidad social y en ocasiones por leyes especiales, basándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad”.*⁶⁰

En casos como el presente, resultan de suma relevancia los acuerdos a los que lleguen las partes, los cuales de preferencia, deben concretarse de forma escrita. Es decir, en contratos atípicos, entonces la voluntad de las partes cobra suma relevancia⁶¹.

⁵⁹ Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

⁶⁰ Chulíá Vicent, Eduardo citado por Peña, Lisandro. *Op. cit.* Pp. 7.

⁶¹ “Adicionalmente, al ser con contrato atípico, no regulado por la normatividad interna, prevalecen en el acuerdo las estipulaciones de las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, siempre y cuando esta no contraríe la ley, el orden público o las buenas costumbres [...]”. Loaiza, Lina María. "Panorama del Contrato de Franquicia en Colombia: Entre las estipulaciones contractuales, el Código de Ética y la norma técnica". *Proyecto de Grado, Universidad ICESI*. 2012. https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/77604/1/contrato_franquicia_colombia.pdf (último acceso: 21 de enero de 2017). Pág. 7.

No obstante, esta voluntad posee límites, como son la ley, la moral y el orden público⁶². A pesar de la no regulación de este tipo de contratos, lo cierto es que sí existen y sus contratantes cuentan con la misma protección que los de los contratantes de los típicos. Se ha afirmado: “[...] *el hecho que no se cuenta con una legislación especial en la materia no significa la inexistencia ni la implacabilidad de una figura determinada, ni mucho menos desprotección a las partes*”⁶³.

En muchos países como Costa Rica⁶⁴, esta figura no se encuentra prevista ni reglamentada y, por tanto, el negocio surge generalmente de la práctica social y las estipulaciones de las partes. A pesar de las complicaciones que ello pueda conllevar, el hecho de que los contratos de franquicia internacional sean atípicos favorece la consecución de estos. Ello debido a que incluso regular las franquicias podría dificultar su ejecución, más si se toma en cuenta el elemento internacional del contrato.

En otras palabras, reglamentar este tipo de contrato hasta cierto punto podría ser contraproducente; pues ya no se contaría con la flexibilidad de las partes a la hora de acordar su relación y además, se podría complicar su ejecución, si se toma en cuenta las diferentes corrientes jurídicas, tradiciones, usos y demás fuentes del Derecho de los Estados en los que las mismas se instalan⁶⁵.

⁶² “El negocio jurídico objeto del contrato no puede ser contrario a estos principios pues de ello derivaría la nulidad de lo acordado entre las partes. Se tiende orden público el conjunto normativo de carácter estatal que regula y garantiza la convivencia pacífica de sus ciudadanos, además de defender los principios económicos y políticos establecidos por el Estado”. Gómez Cáceres, Diego; Cristóbal Cárle, Gregorio. *Los contratos en el marketing internacional*. Madrid, España: ESIC Editorial, 2004. Pág. 28.

⁶³ Kiser Rodríguez, Luis. *Franquicias. La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada*. Perú: Nathan Associates Inc., 2009. Pág. 45.

⁶⁴ Ejemplo de ello es Colombia, país en donde la doctrina ha afirmado: “En primer lugar, tenemos que el contrato de franquicia es atípico. Esto se explica ya que comprende un acuerdo de voluntades entre franquiciante y franquiciado que da origen a una relación jurídica de la cual nacen derechos y obligaciones, pero que no se encuentra regulada expresamente en nuestro ordenamiento [...]”. Loaliza, Lina María. *Op. cit.* Pp. 61.

Estados Unidos por su parte, es un país que cuenta con normativa del tema no solo a nivel estatal, sino además federal. Asimismo, en México, el contrato de franquicia es típico o nominado. Se encuentra regulado en el Código de Comercio.

⁶⁵ En Perú se ha discutido la intención de confeccionar un proyecto de ley, que regule precisamente a las franquicias. No obstante, la doctrina peruana afirma en un mismo sentido que: “[...] *en la medida que el sector vaya madurando y los agentes determinen sus necesidades reales, recién podemos pensar en darle un*

C. Oneroso

El contrato de franquicia internacional no es gratuito. Esta característica se divide en dos aspectos: primero, es oneroso por cuanto, como ya se indicó supra, el franquiciado debe cancelar un derecho de entrada y *royalties* al franquiciador⁶⁶. Por otra parte, cuando los contratantes acuerdan obligarse mutuamente, buscan como objetivo el obtener utilidades y lucrar del negocio que se pondrá en ejecución. Sobre ello ha indicado la doctrina:

“Otra de las características señala que este es un contrato oneroso pues ambas parten pretenden una utilidad, gravándose cada una en beneficio de la otra. De un lado el franquiciante busca ampliar su sistema de distribución y abrirse a nuevos mercados mientras el franquiciado invierte en un negocio que tiene una rentabilidad casi asegurada por el prestigio de la marca”.⁶⁷

De la cita anterior se evidencia el hecho de que el franquiciador busca ampliar su red de franquicia, con el fin de extender la comercialización de sus bienes o servicios. Lo anterior, por medio de empresas o personas de otras regiones en el mundo, quienes cumplen ciertas características que las hacen atractivas para desarrollar su modelo de negocio exitoso. Igualmente, el franquiciado busca invertir en un negocio rentable, el cual consiga un éxito garantizado, una reputación formada y un reconocimiento regional o internacional⁶⁸.

marco jurídico al sector. Antes, una legislación específica podría convertirse incluso hasta en disuasiva para el sector, y es que los países que han logrado cierto desarrollo en franquicias no lograron un impulso real vía marco jurídico protector, sino el sector debido a su madurez demandó una regulación particular”. Kiser, Luis. *Op. cit.* Pp. 63.

⁶⁶ *“En la franquicia es usual el derecho de entrada y de regalías para el franquiciador, y de derechos a explotar un establecimiento de comercio, una marca, un nombre y recibir un know how, para el franquiciado”*. Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

⁶⁷ Loaiza, Lina María. *Op. cit.* Pp. 61.

⁶⁸ *“En la franquicia ambas partes pretenden una utilidad gravándose recíprocamente. El franquiciante persigue ampliar la comercialización y distribución de sus bienes y servicios o quiere penetrar a otros mercados, mientras que el franquiciado invierte en un negocio rentable y con un éxito garantizado”*. López, Fabián. *Op. cit.* 32.

D. Bilateral

Como bien ya se abordó anteriormente, las partes que integran el contrato de franquicia internacional son el franquiciador y el franquiciatario. Es decir, hay dos partes que negocian en forma conjunta su relación jurídica. Por ello “[...] desde el momento en que se perfecciona el contrato de franquicia, las partes contratantes se obligan recíprocamente”⁶⁹.

Esta característica hace alusión a que ambas partes, una vez que se configuran en contratantes, adquieren derechos, pero también obligaciones. Dicho de otra forma, en el momento del nacimiento a la vida jurídica de un contrato internacional de franquicia, nacen a su vez:

“[...] obligaciones recíprocas para las partes; el franquiciante se obliga a transmitirle el know how, a prestarle técnica, a permitirle el uso de una marca, etc., y el franquiciado se obliga a pagar las regalías, a cumplir en forma rigurosa con el manual de instrucciones dado por el franquiciante y a no revelar el secreto empresarial transmitido”.⁷⁰

Como se desprende de las citas anteriores, las partes del contrato tendrán una serie de deberes la una con la otra⁷¹. Estos ya fueron estudiados supra; sin embargo, cabe considerar que las obligaciones que las partes deciden asumir dependen –no solo del tipo de contrato que suscriben–, sino además de la normativa que regula a este y otra normativa que puede resultar eventualmente aplicable.

⁶⁹ Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

⁷⁰ López, Fabián. *Op. cit.* Pp. 32.

⁷¹ “El franchising es un contrato bilateral, pues ambas partes se obligan recíprocamente”. Maldonado, Sonia. *Op. cit.* Pp. 55.

E. De ejecución o tracto sucesivo

Generalmente, los contratos poseen un periodo de vigencia establecido. Ello por cuanto hay una necesidad que el Derecho mismo trata de suplir, cual es la seguridad jurídica de las partes. Con el establecimiento del tiempo de vigencia de una relación jurídica, ambas partes pueden proyectar el plazo en el cual deberán desplegar ciertos comportamientos.

Específicamente, el contrato internacional de franquicia “[...] *está concebido para que dure en el tiempo, tiene vocación de larga duración debido a que las prestaciones de las partes se van a desarrollar de manera periódica*”⁷². Ello se debe a varios factores; por ejemplo: la inversión económica del franquiciado, la confianza desarrollada entre las partes, el establecimiento de comercios en determinados países, el respectivo arraigo a los consumidores o público meta, las estrategias de publicidad y campañas de promoción de la franquicia, entre otros.

Es decir, “[...] *el contrato de franquicia no es de ejecución instantánea; las obligaciones se van cumpliendo en forma regular*”⁷³. O dicho de otra forma, las obligaciones que genera se crean y extinguen de forma periódica; por lo tanto, este tipo de contrato se prolonga por medio de actos de ejecución de una manera alargada en el tiempo⁷⁴.

Precisamente por esa vocación duradera del contrato de franquicia es que se considera de tracto sucesivo. Las obligaciones de las partes, así como las ganancias que obtienen de la celebración de este acuerdo, se van cumpliendo y evidenciando en forma paulatina. Ello no significa que el contrato de franquicia no posea un plazo, por el contrario, busca delimitar el hecho de que las partes deben cumplir sus obligaciones en un periodo y no de forma inmediata.

⁷² Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

⁷³ López, Fabián. *Op. cit.* Pp. 32.

⁷⁴ Maldonado, Sonia. *Op. cit.* Pp. 55.

F. *Intuitu Personae*

Esta característica ha sido ampliamente discutida a nivel doctrinario. Un sector de los estudiosos del tema, considera que esta característica no resulta esencial o inherente al contrato de franquicia internacional ni en el general. Por otra parte, el otro sector opina que más bien, de esta característica depende el éxito del negocio franquiciado y la consecuente expansión de la red de franquicia.

La doctrina internacional mayoritaria ha definido que “[...] *los contratos de franquicia son intuitu personae, esto es, que se celebran teniendo en cuenta las cualidades y características del futuro franquiciado*”⁷⁵. Es decir, el franquiciante –previo a ceder y dar a conocer su *know how*–, realiza un estudio de los potenciales franquiciados, con el fin de determinar si poseen o no las características que el primero considere necesarias, para la réplica y el desarrollo exitoso de su negocio. Sobre esta misma característica la doctrina ha establecido que:

“[...] este contrato se fundamenta en la mutua confianza. El franquiciador entrega su imagen, su marca y su know how al franquiciado para que se la maneje pero habiéndose asegurado que tiene las calidades, capacidades y conocimientos necesarios para desempeñar con éxito su labor”.⁷⁶

A pesar de que no hay uniformidad en la doctrina en cuanto a si esta es o no una característica esencial de la franquicia internacional, es relevante tomar en cuenta que la mala elección de un franquiciado sí podría provocar un perjuicio, no solo al negocio de este, sino además a la red de franquicia, la marca y al *goodwill* de la franquicia.

⁷⁵ López, Fabián. *Loc. cit.*

⁷⁶ Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

G. De cooperación y colaboración

Como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones, la cooperación entre las partes resulta vital para el desarrollo del modelo de negocio exitoso. Esta característica no solo atañe a las partes contratantes de un acuerdo de franquicia internacional, sino además a la red de franquicia. Lo anterior en virtud de que la red precisamente nutre a la franquicia y todas las personas que la integran se ven beneficiadas de esto. Indica al respecto la doctrina:

*“[...] entre las partes debe haber una mutua cooperación, pues, como es sabido, ello redundará en beneficio de la red. Entre las partes se crea un clima de confianza y mutua colaboración, que se traduce en una especie de sinergia sobre la actividad comercial de distribución. En general la doctrina clasifica la franquicia en la categoría de los llamados contratos de colaboración, esto es, aquellos en los que una parte realiza una actividad en concurrencia con la otra, si bien de manera independiente”.*⁷⁷

Ahora bien, a pesar de la existencia de la red de franquicia, cabe considerar que esta característica siempre responderá primero a la necesidad del franquiciado de asesoría y colaboración del franquiciante. Como ha indicado la doctrina:

*“Se refleja en que el franquiciado necesita de la asistencia y colaboración continua del franquiciante. El éxito del franquiciado es el éxito del franquiciante, lo que se traduce en una asistencia técnica permanente y en un control ejercido sobre el franquiciado a fin de que se ajuste a lo pactado”.*⁷⁸

Cuando no existe colaboración entre las partes ni tampoco la confianza que viene con ella aparejada, resulta muy difícil que una franquicia pueda establecerse o mantenerse de forma estable. Ello ha sido también reconocido a nivel doctrinario, de la siguiente forma: *“Para el éxito del contrato se requiere que las empresas que intervienen colaboren*

⁷⁷ López, Fabián. *Op. cit.* Pp. 32.

⁷⁸ Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

armónicamente para lograr eficacia y desarrollo”⁷⁹. En un mismo sentido, se ha expresado: “*El franchising implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes, pues se requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas*”⁸⁰.

En resumen, los contratos de franquicia internacional se caracterizan por ser de cooperación y colaboración; características que están más presentes en las partes que en el contrato mismo. Su ejecución y puesta en práctica depende precisamente de los contratantes que conforman el vínculo jurídico y la red de franquicia.

H. Es principal

Por último, el contrato de franquicia internacional es principal, pues no requiere de la suscripción de ningún otro acto jurídico para su nacimiento a la vida jurídica. En otras palabras: “*El franchising es un contrato principal, porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención*”⁸¹.

Esta característica se relaciona mucho con el hecho de que la franquicia internacional es consensual. Ya se ha mencionado también que este contrato es marco y , por tanto, posee variedad de acuerdos accesorios que permiten su ejecución y puesta en marcha.

A nivel doctrinario se ha afirmado que “[...] *es un contrato principal; sin embargo, se caracteriza por combinar un conjunto de contratos, como, por ejemplo, la licencia de marca, la asistencia técnica, el secreto empresarial, etc.*”⁸²

⁷⁹ *Ídem*.

⁸⁰ Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA, 1993. Pág. 445.

⁸¹ Maldonado, Sonia. *Op. cit.* Pp. 55.

⁸² López, Fabián. *Op. cit.* Pp. 32.

Este tipo de acuerdo puede incluso contener en sí mismo, todos los acuerdos accesorios que ya fueron estudiados. Eso lo convierte en principal y lo dota de independencia en comparación con los otros.

Una vez concluido con el estudio de las características del contrato de franquicia, ahora se procederá con la última Sección de este Capítulo, la cual corresponde al estudio de los tipos de contratos de franquicia internacional existentes o reconocidos a nivel universal.

Sección III: Tipos de contratos internacional de franquicia: relación con el contrato de compraventa

Las clasificaciones resultan tan solo herramientas, las cuales permiten categorizar elementos, con el fin de realizar un estudio u organizar un texto. Por ello, a continuación se presentarán cuatro tipos de franquicias, que valga hacer la mención, son los más citados y reconocidos a nivel doctrinario. Esto no indica que sea la única categorización posible de los contratos internacionales de franquicia; por lo tanto, se invita al lector a tomar esto en cuenta y tenerlo presente en caso de querer ahondar más en el estudio de la citada figura jurídica.

A. Franquicia de distribución

El primer tipo de franquicia que se estudiará es el de distribución, el cual es muy común en la práctica del comercio internacional. En este tipo de franquicia, el franquiciado se encarga de comercializar los productos del franquiciante. Estos productos ya se encuentran completamente finalizados, listos para la introducción en el mercado; por lo tanto, el franquiciado no tiene que realizar ningún tipo de proceso para manufacturarlos, construirlos, prepararlos o confeccionarlos.

A mayor abundamiento, la doctrina ha establecido que en este tipo de franquicia:

“El franquiciador selecciona una variedad de productos fabricados por otras empresas para que sean distribuidos en los puntos de venta de su red. En este tipo de franquicia, el franquiciador actúa como un seleccionador de productos, fabricados por otras empresas; es comprable a una central de compras en la que se seleccionan y negocian los mejores productos y las mejores condiciones con proveedores, transmitiendo su saber-hacer al franquiciado”.⁸³

Como se puede apreciar de la lectura del extracto anterior, en este tipo de franquicia el franquiciador puede o no ser el que fabrica los productos que serán posteriormente comercializados. Lo importante es destacar que el franquiciado nunca será fabricante de los productos, por cuanto se estaría en presencia de otro tipo de franquicia.

En este tipo de franquicia, “[...] no hay una transferencia de tecnología, sino un licenciamiento que le permite al franquiciado distribuir un bien o servicio en las condiciones exigidas por el franquiciante y en establecimientos equipados de manera uniforme y homogénea”⁸⁴. En este tipo, el franquiciador establece los productos que su red de franquicia debe distribuir, bajo la marca o seña de la cadena de comercialización de la franquicia⁸⁵.

En este tipo de contrato, el franquiciador otorga al franquiciado el derecho de distribuir sus productos, tal cual su nombre lo afirma y ello se efectúa bajo la marca y las técnicas comerciales del franquiciante. El franquiciador puede ser un fabricante, el cual distribuye productos a través de la red de tiendas en franquicia, o bien, un distribuidor con funciones

⁸³ Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

⁸⁴ López, Fabián. *Op. cit.* Pp. 32.

⁸⁵ Farina, Juan M. *Op. cit.* Pp. 80.

de mayorista, o por último, de intermediario de otros proveedores⁸⁶. Básicamente, se trata de un acuerdo de venta de bienes, bajo el nombre comercial y marca del franquiciador⁸⁷.

Algunos ejemplos de este tipo de franquicia a nivel nacional o internacional son: Forever 21, La Rivera, Sephora, H&M, Mango, Mundo Cosmético, iCon, Benetton, entre otros.

B. Franquicia de servicio

Como lo indica su nombre, este tipo de franquicia se caracteriza por la prestación de servicios. En este caso, el franquiciante transmite el *know how* a sus franquiciados, con la finalidad de que estos brinden un servicio bajo la marca, el nombre comercial y la enseñanza del primero.

Así lo ha establecido la doctrina, la cual indica que este tipo de franquicia: “*Es aquel contrato en virtud del cual el franquiciado ofrece un servicio bajo la enseña, marca y nombre comercial del franquiciante, conformándose a sus directivas*”⁸⁸. En un mismo sentido se ha expresado:

“En esta clase de franquicia el franquiciante le concede al franquiciado el derecho a distribuir y comercializar los servicios, junto con el derecho a usar la marca, denominación y rótulo común, además de los secretos empresariales. Así mismo, le proporciona la asistencia técnica indispensable para el desarrollo de la franquicia”.⁸⁹

Como se aprecia de la lectura de las citas anteriores, este tipo de franquicia cumple con las características generales del contrato internacional bajo estudio. Es decir, este se concentra

⁸⁶ Sainz de Vicuña Ancín, José María. *La distribución comercial: opciones estratégicas*. Segunda. Madrid, España: ESIC Editorial, 2001. Pág. 204.

⁸⁷ Natera Hidalgo, Rafael D. *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles: fundamentos y formularios*. España: Wolters Kluwer España, S.A., 2007. Pág. 203.

⁸⁸ Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

⁸⁹ López, Fabián. *Loc. cit.*

en brindar determinados servicios. Algunos ejemplos de este tipo de franquicia internacional son: Hertz, UPS, DHL, Fedex, Avis, Holliday Inn, Burger King, entre otros.

La ventaja de este tipo de franquicia radica en el aprovechamiento de la experiencia desarrollada por el franquiciante y los recursos que aportará el franquiciado, con el fin de expandir la red de franquicia y, a su vez, el negocio. Este tipo de franquicia:

*“[...] permite aprovechar la experiencia, recursos y capital humano para mejorar la competitividad en muy diversos ramos: el franquiciado provee productos, materiales, instalaciones, etc., para el desarrollo de la franquicia, el franquiciante el know how y la capacitación, para lograr el mejor éxito empresarial”.*⁹⁰

La diferencia con el tipo de franquicia estudiado anteriormente es que, esta se puntualiza en servicios, mientras la otra contempla la distribución y la comercialización de productos. En algunos casos, ambos tipos de franquicia se pactan en conjunto, para que el franquiciador comercialice servicios del franquiciante y, al mismo tiempo, se obliga a comprar los productos para revenderlos a los consumidores⁹¹.

Evidentemente, en este tipo de franquicia se vuelve relevante el respeto al método establecido por el franquiciador⁹². Ello, por cuanto el seguimiento de protocolos y procedimientos asegurar la homogeneidad en la red de franquicia y, en consecuencia también, la calidad.

⁹⁰ Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

⁹¹ López, Fabián. *Loc. cit.*

⁹² Burruezo García, Juan Carlos. *Gestión moderna del comercio minorista: el enfoque práctico de las tiendas de éxito*. Segunda. Madrid, España: ESIC Editorial, 2003. Pág. 49.

C. Franquicia de producción o industrial

Este tipo de franquicia surgió con posterioridad, cuando los procesos de producción industrial se convirtieron en un aspecto más complejo⁹³. En este tipo de franquicia, “[...] el franquiciador le otorga al franquiciado una licencia de patente y un know how para fabricar un producto”⁹⁴. En este caso, el franquiciado “[...] fabrica los productos del franquiciador [...], y posteriormente, los comercializa utilizando la marca del franquiciador. La marca de fabricación y de distribución, son en este caso idénticas”⁹⁵.

La doctrina no es pacífica con respecto a los alcances de este tipo de franquicia. Algunos afirman que existen las franquicias en las cuales “[...] el franquiciado elabora materiales en el producto que adquiere el consumidor”⁹⁶ y también se encuentran las puramente industriales, en donde “[...] el franquiciado fabrica productos bajo la cesión de licencia de marca y know how y solicita una marca independiente para el producto”⁹⁷. Otros la definen como aquella en la cual “[...] el franquiciado fabrica, por sí mismo, productos que vende bajo la marca del franquiciador, y según las indicaciones de éste; esto es [...] basado en una patente de la que es titular el primero”⁹⁸.

Resulta relevante indicar que en este tipo de franquicia, posterior a la fabricación de los productos, estos deben ser distribuidos. Esto por cuanto, caso contrario, se estaría en presencia de un contrato de transferencia de tecnología⁹⁹. Algunos de los elementos que integran este tipo de franquicia son: la asistencia técnica, los procedimientos de gestión y las patentes de explotación industrial¹⁰⁰.

⁹³ López, Fabián. *Loc. cit.*

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ Vanegas Santono, Antonio, citado por Peña, Lisandro. *Loc. cit.*

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ Ortega Giménez, Alfonso. *Guía práctica de contratación internacional*. Tercera. Madrid, España: ESIC Editorial, 2014. Pág. 171.

⁹⁹ Cristóbal Carle, Gregorio. *Internacionalización, mercados y empresa*. Primera. Madrid, España: ESIC Editorial, 2014. Pág. 35.

¹⁰⁰ *Ibidem.*

Algunos ejemplos de este tipo de franquicia son: Coca-cola, Pepsi, Yoplait, Danone, entre otros.

D. Máster franquicia

Este tipo de franquicia, se relaciona más directamente con la forma de organizar la red de franquiciados. Como bien se indicó supra en el presente estudio, en este tipo de contrato, el franquiciante se vuelve el máster franquiciante, el franquiciado se vuelve el máster franquiciado, e ingresa una tercera parte, denominada el sub-franquiciado. El acuerdo de máster franquicia:

*“Se trata de la relación contractual que un franquiciador extranjero establece con una persona natural o jurídica del país en cuestión, actuando este último como franquiciado y al mismo tiempo como franquiciador de determinados puntos de venta que se inauguran, siendo directamente responsable del desarrollo y representación del franquiciador de forma exclusiva en su país o en una región de países”.*¹⁰¹

En este tipo de franquicia, el franquiciador selecciona a un franquiciado en un determinado país, para que a la vez, el segundo se constituya en el franquiciante de dicho territorio. Es así como la empresa A establece una relación de franquicia con una empresa B, la cual se encargará de la o las empresas C, que deseen incluirse en la red de franquicia. Lo anterior, permite que el máster franquiciante mantenga su relación directa con pocas empresas a nivel mundial, pero su modelo de negocio exitoso se expanda con la colaboración de más empresas.

Esto además libera de mucha responsabilidad al máster franquiciante, por cuanto la relación de los sub-franquiciados siempre será con el máster franquiciado y no con el máster franquiciante. En otras palabras, “[...] el franquiciado máster está encargado del establecimiento piloto, es el responsable de la selección de nuevos franquiciados, de la

¹⁰¹ López, Fabián. *Loc. cit.*

inversión, publicidad global de la red y en general de todas las relaciones con los franquiciados de su territorio”¹⁰².

Otra ventaja de este tipo de franquicia es que el máster franquiciante aprovechará el conocimiento del máster franquiciado del mercado del país donde realiza sus operaciones, el cual le favorecerá en el momento de la elección de las empresas o las personas que van a entrar a formar parte de la red de franquicia. Es decir, el máster franquiciado es el responsable de la expansión de la red¹⁰³.

Dentro de este tipo de franquicia puede incluirse cualquiera de los otros tres tipos de franquicia que han sido estudiados en este Apartado; pues este tipo en específico se encarga de organizar la red de franquicia, sin entrar a analizar el tipo de función que ejerce el franquiciado en relación con los productos o los servicios.

Si bien los cuatro tipos de franquicia estudiados son las principales categorías de franquicia, cabe recordar, como ya se hizo antes, que existen más tipos de franquicia, los cuales poco a poco van desarrollándose más ampliamente. Sin embargo, por ser estas cuatro las más relevantes, el estudio se limitará a ellas. En caso de que el lector desee ahondar en el tema, algunos otros tipos de franquicia son: franquicia *Corner*¹⁰⁴, franquicia *integrada*¹⁰⁵,

¹⁰² *Ídem.*

¹⁰³ Llopis Sancho, Emilio. *Crear la Marca Global. Modelo práctico de creación e internacionalización de marcas*. Primera. Madrid, España: ESIC Editorial, 2015. Pp. 18.

¹⁰⁴ “*En este sentido se habla de franquicia corner, cuando el franquiciado ofrece en sus establecimientos un servicio a sus clientes cuya técnica está basada en una franquicia, pero que puede ser aplicada a una serie de productos ajenos a dicha franquicia. Sirva como ejemplo, la franquicia de revelado rápido que el franquiciado (comercio de fotografía) ofrece a su clientela independientemente de la marca del carrete y de otras actividades de venta (máquinas fotográficas, marcos, etc.) que realice en el mismo local. El pago del canon se establece en función del espacio ocupado (corner) y por el servicio prestado, no por el total de ventas*”. Ortega, Alfonso. *Op. cit.* Pp. 54.

¹⁰⁵ “*Se produce del franquiciador fabricante a los detallistas. Los productores distribuyen de forma directa a través de una red de establecimientos franquiciados minoristas. Integra la totalidad del canal de distribución*”. Cámara Castellón. «Dossier Informativo 18. La Franquicia.» *Scuola di Lingue e Letterature Straniere, 1596 Università Degli Studi di Urbino Carlo Bo.* 2001. http://www.lingue.uniurb.it/matdid/dipierro/2012-13/B2_la_franquicia.pdf (último acceso: 21 de enero de 2017).

franquicia de asociación¹⁰⁶, franquicia horizontal¹⁰⁷, multi-franquicia¹⁰⁸, pluri-franquicia¹⁰⁹, *Co-branding*¹¹⁰, entre otras.

Conclusiones del capítulo

Una vez abordado todo lo relacionado al contrato internacional de franquicia, se puede resumir el presente Capítulo a partir de las siguientes conclusiones preliminares:

- El contrato de franquicia lo conforma un franquiciante y un franquiciado, quienes celebran un acuerdo para obligarse mutuamente. Este acuerdo al que llegan las partes, tiene como objeto la transmisión del *know how* del primero, el cual será replicado por el segundo.
- El *know how* está integrado por una serie de elementos, sapiencias, técnicas, mejores prácticas, entre otras, que permiten al franquiciado desarrollar un modelo de negocio exitoso.
- El contenido que le den las partes a su acuerdo varía mucho, no solo por el hecho de que depende de la voluntad de estas, sino además por el tipo de contrato que se pacte. No obstante lo anterior, resulta normal que un contrato de franquicia se encuentre integrado por: acuerdos de confidencialidad, una marca, acuerdos de exclusividad territorial, compraventa, no competencia, entre otros.

¹⁰⁶ “*Franquicia en la que el franquiciador y el franquiciado mantienen algún tipo de asociación. El franquiciador participa en el capital de la empresa o viceversa. Se comparten de esta forma las ventajas de los riesgos financieros, y se crean particulares vinculaciones jurídicas*”. Cámara Castellón. *Op. cit.* Pp. 105.

¹⁰⁷ “*Es la que relaciona integrantes del mismo nivel dentro del canal de distribución, discriminando entre: Franquicia de fabricantes: donde franquiciador y franquiciado son industriales [] y franquicia de detallistas: en la que la relación se establece entre minoristas*”. Bermúdez González, Guillermo. *La Franquicia: Elementos, relaciones y estrategias*. Madrid, España: ESIC, 2002. Pág. 33.

¹⁰⁸ “*El franquiciado puede abrir los establecimientos que desee del mismo franquiciado en un territorio determinado*”. Natera, Rafael D. *Op. cit.* Pp. 87.

¹⁰⁹ “*Se produce cuando en un mismo establecimiento coexiste más de una franquicia, bien por razones de complementariedad de los productos ofertados bien por imposibilidad de que el negocio sea rentable con una sola franquicia*”. Miquel, Salvador; *et al.* *Op. cit.* Pp. 17.

¹¹⁰ “*Una franquicia de dos o más marcas cuyo posicionamiento y productos o servicios son complementarios, o se refuerzan recíprocamente y se comercializan en una misma instalación*”. Osta, Karelys. *Op. cit.* Pág. 37.

- Este contrato se caracteriza por la concurrencia de voluntades de dos partes, las cuales de forma libre pactan su intención de obligarse mutuamente. Esto es conocido como la característica consensual, la cual es el único requisito de existencia del contrato.
- Al haber presencia de dos partes obligándose recíprocamente, surge la configuración además de una bilateralidad, la cual se acompaña de cooperación y colaboración. Con la ausencia de estas últimas, se tornará un tanto difícil que la franquicia persista en el mercado.
- Asimismo, como este contrato generalmente no se encuentra regulado en los ordenamientos de los Estados, se halla permeado de atipicidad, la cual se suple precisamente por los acuerdos de las partes y los usos y las costumbres que desarrollen entre ellas.
- Otro elemento relevante de este tipo de contrato son las características específicas de los potenciales franquiciados, las cuales se tornan relevantes para así poder garantizar la ejecución correcta del modelo de negocio. Ello se conoce como la característica de *intuito personae* del contrato de franquicia.
- Este tipo de contrato se contempla como un contrato marco, pues existen muchos acuerdos que pueden y deben pactarse para la posterior ejecución del contrato. Cabe resaltar que esta ejecución no será inmediata, sino que se caracteriza por conllevar varias etapas. Esto se conoce como la característica de tracto sucesivo del contrato.
- Por último, existen varios tipos de contratos internacionales de franquicia, entre los cuales destacan el de distribución, producción o fabricación, servicios y máster franquicia. Los primeros tres tipos se relacionan con las funciones que tendrá que desenvolver el franquiciado, y la cuarta, con un modelo para agrupar u organizar la red de franquicia.

Una vez analizados los puntos más relevantes de este tipo de contrato, el cual resulta vital para el presente estudio, se procederá a analizar uno de los instrumentos convencionales más exitosos a nivel internacional, como lo es la CISG, con el objetivo de examinar sus generalidades, así como los supuestos de aplicación contenidos en su artículo 1º. Asimismo, se entrará a estudiar de forma breve el proyecto de Ley que busca la ratificación de la Convención a nivel nacional y sus particularidades.

CAPÍTULO II

GENERALIDADES DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1980

Una vez estudiada la figura jurídica de la franquicia internacional en el pasado Capítulo, en el presente se ahondará en la CISG. Este es un instrumento convencional que busca regular la compraventa de mercaderías en el ámbito internacional de forma uniforme y flexible, para dotar a los comerciantes de un marco jurídico amigable y balanceado con el objetivo de regular sus relaciones jurídicas.

Para su estudio, se abordará inicialmente los supuestos de aplicabilidad de la Convención, para luego arribar a los instrumentos que acompañan su articulado o, en su defecto, lo sustituyen. Por último, se analizará el Proyecto de Ley N° 18121, el cual busca que Costa Rica sea un Estado contratante de dicho Tratado, así como sus posibles reservas o modificaciones.

Sección I: Ámbito de aplicación de la Convención de 1980: estudio general

La Convención de Viena, al igual que cualquier otro tratado, posee dentro de su articulado los supuestos de su aplicación. Al respecto, los numerales más relevantes sobre el tema resultan ser el 1°, el 2° y el 3°.

Cabe aclarar que, en este Primer Apartado se tratarán los supuestos de aplicación de la CISG desde un punto de vista general, sin adentrarse en la resolución del problema que inspira esta investigación. Ello por cuanto es relevante primero, tener claro cuando aplica la Convención según su propio espíritu, para luego ahondar en las interpretaciones que se le ha dado a este tema y han provocado múltiples criterios a nivel internacional.

Hecha la advertencia anterior, al respecto, indica el artículo 1°:

“1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados

diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. 2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. 3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”.

Como se puede apreciar, para que la Convención de 1980 aplique, debe tratarse primeramente de una transacción de compraventa de mercaderías entre dos o más partes que se encuentren en Estados diferentes. Esta premisa resulta vital; pues en aquellos casos en donde no exista el elemento de internacionalidad, la CISG no podría aplicarse¹¹¹.

Cabe destacar que la internacionalidad de la transacción se debe determinar en el momento de pactar el contrato. Es decir, en los casos en donde proceda el uso directo de la Convención, que será analizada en breve con mayor profundidad, se debe verificar los domicilios de las partes al momento de la suscripción del acuerdo¹¹².

¹¹¹ Se hace la salvedad que aún en los casos en donde no se cumplan los supuestos indicados en el artículo 1º de la CIM, las partes del contrato o relación jurídica pueden, por medio de su voluntad, pactar la aplicación de esta normativa. Ello tomando en cuenta el principio básico de *pacta sunt servanda* y el de la autonomía de la voluntad de las partes. Así lo establece la misma Convención en su Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI de la siguiente forma: “Por último, cabrá también aplicar la Convención, a título de ley aplicable al contrato, si así lo estipulan las partes. De ser este el caso, la aplicación de la Convención estará, no obstante, supeditada a todo límite impuesto a la autonomía contractual por la ley que sea por lo demás aplicable al contrato”. Naciones Unidas. “Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”. Nota explicativa. Viena, Austria, 1980.

De igual forma, existen casos en España, en los que los tribunales han aplicado la Convención cuando no se cumple el elemento de internacionalidad; es decir, entre dos partes nacionales. A estos efectos, consultar Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

¹¹² Schwenger, Ingeborg; Muñoz, Edgardo. *Schlechtriem & Schwenger: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Tomo I)*. Primera. España: Editorial Aranzadi, 2011. Págs. 208-209.

Ahora bien, esta internacionalidad puede quedar “anulada” en varios escenarios; por lo tanto, resulta de suma relevancia tomarlos en consideración:

1. Cuando los establecimientos de las partes se encuentran en un mismo Estado contratante;
2. Cuando una o ambas partes tienen varios establecimientos, pero el establecimiento relevante se encuentra en un mismo Estado contratante¹¹³; o
3. Cuando el contrato lo celebran partes de un mismo Estado contratante y el objeto del contrato se ejecutará en otro Estado contratante.

Una vez verificado el cumplimiento de la premisa anteriormente expuesta, se debe comprobar entonces el acatamiento de alguna de las dos opciones que plantea el mismo artículo bajo estudio.

El primero de ellos, conocido como la **aplicación directa de la Convención**¹¹⁴, plantea que esta se podrá emplear cuando el establecimiento de las partes se encuentre en Estados Contratantes diferentes¹¹⁵. Cabe recordar que un **Estado Contratante**, desde el punto de vista técnico-jurídico, es el que únicamente ha firmado y ratificado el instrumento convencional, siendo el Estado Parte, aquel que sólo ha firmado la Convención. No obstante, en este caso, la CISG se refiere a **Estado Parte**; pues resulta “imposible” regular las relaciones contractuales de partes por medio de una normativa que no se encuentra vigente¹¹⁶.

¹¹³ “A los efectos de la presente Convención: a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración; [...]”. Naciones Unidas. “Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.” *Artículo 10*. Viena, Austria, 1980.

¹¹⁴ Perales Viscasillas, María Pilar. “El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)” *Pace Law School Pace University*. 2001. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cii> (último acceso: 31 de enero de 2016).

¹¹⁵ “[...] *the CISG applies only if the States in which the parties have their places of business are Contracting States [...]*” Kröll, Stefan; Mistelis, Loukas; Perales Viscasillas, María Pilar. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Munich, Alemania: Beck, 2011. Pág. 24.

¹¹⁶ Se debe recordar que aunque la Convención no se encuentre vigente, las partes por mutuo acuerdo y en pleno uso de su voluntad, pueden seleccionar este instrumento convencional para regular sus relaciones

En caso de que uno o ambos Estados no formen Parte de la Convención, aun así existe la posibilidad de que esta resulte aplicable. Ello surge en los casos en los cuales, “[...] *las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante*”¹¹⁷.

Este supuesto se le conoce como la **aplicación indirecta de la Convención**¹¹⁸. En estos casos, las normas de Derecho Internacional Privado conducen a la aplicación del Derecho de un Estado Contratante (Parte)¹¹⁹. Este tipo de aplicación no resulta procedente en todos los casos, pues la misma Convención de 1980 prevé la posibilidad de realizar reservas en cuanto a este supuesto¹²⁰. Cabe puntualizar que las partes deben tener establecimientos en Estados diferentes, sean o no contratantes de la CIM.

Se ha afirmado que la aplicación indirecta ha perdido relevancia o utilidad, por el creciente número de Estados Parte del instrumento convencional. En el caso de Costa Rica, sin embargo, se está en presencia de un Estado que aún no ha ratificado la CIM y apenas se encuentra en el torrente legislativo para su aprobación el proyecto de ley.

jurídicas. Para determinar los alcances de la aprobación de la Convención en un Estado, es importante revisar las disposiciones finales de esta (artículos 89 a 101), y la norma por medio de la cual el Estado ha efectuado la entrada en vigor de la norma.

¹¹⁷ Naciones Unidas. "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías." *Artículo 1.1.b*. Viena, Austria, 1980.

¹¹⁸ Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

¹¹⁹ Algunos casos en los cuales se ha dado este tipo de aplicación de la Convención, son: (i) *CLOUT 262*. OKZ 93-1 (Kanton St. Gallen, Gerichtskommission Oberrheintal, Suiza 30 de junio de 1995) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_262_leg-1485.html (último acceso: 20 de enero de 2017); (ii) *CLOUT 274*. 9 U 87/98 (Oberlandesgericht Celle, Alemania 11 de noviembre de 1998) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_274_leg-1497.html (último acceso: 20 de enero de 2017); y (iii) *CLOUT 300*. 7565 (Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1º de enero de 1994) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/oth/clout_case_300_leg-1523.html (último acceso: 20 de enero de 2017).

¹²⁰ “Esta regla, que claramente supone una aplicación de la esfera aplicativa de la Convención, tiene, sin embargo, una excepción: la de aquellos Estados que hayan hecho la reserva del art. 95 CNUCCIM. El efecto de la reserva es que la aplicación de la Convención por virtud del art.1.1 b) es como si no existiera para esos Estados que han decidido hacerla. Así por caso, EEUU ha hecho uso de esa reserva, por lo que si un empresario de ese país contrata con uno del Reino Unido, la Convención no se aplicará y ello aunque las normas del derecho internacional privado remitan al derecho estadounidense”. Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

Ahora bien, cabe indicar que cuando los Estados de las partes son contratantes, se usa la CISG, a pesar de que las normas de Derecho Internacional Privado conlleven a la aplicación de la normativa de un tercer Estado, por ejemplo, el del país en donde el contrato fue ejecutado¹²¹.

Cuando opera la aplicación directa; es decir, los Estados son contratantes, las cortes estatales se ven obligadas de aplicar la Convención. Lo anterior, bajo el supuesto de que esta se encuentra integrada al ordenamiento jurídico y ya no forma más parte del Derecho Internacional. En estos casos, la aplicación no depende de la solicitud expresa de una parte, sino que el juez de forma oficiosa, debe proceder con la aplicabilidad de la norma¹²².

Cuando se encuentran presentes los Estados no contratantes, las cortes no se ven obligadas a aplicar la Convención como se expuso supra; salvo cuando en los casos en que las normas de Derecho Internacional Privado dispongan la aplicación del Derecho de un Estado Contratante. Es decir, cuando opera la aplicación indirecta de la Convención, las cortes estatales si se ven obligadas a aplicar la norma como si pertenecieran a Estados Contratantes¹²³. Caso contrario, queda bajo su criterio si aplican o no dicho Tratado.

En la circunstancia de los arbitrajes, la regla cambia, por cuanto el tribunal arbitral no está obligado a examinar *prima facie* la aplicabilidad de la CIM y tampoco a aplicarla cuando se cumplan los requisitos. Al contrario, como primer punto, el tribunal debe determinar cuál es el Derecho aplicable conforme a la ley o reglamentos vinculados al caso en concreto¹²⁴. En dichas situaciones, puede resultar procedente la CISG, ya sea: **(i)** por los supuestos de aplicabilidad; **(ii)** la elección de las partes; o **(iii)** la elección del mismo tribunal.

Ahora bien, de acuerdo con el estudio de lo dispuesto en el artículo 1º de la CISG, cabe indicar que este instituye dos aspectos adicionales para determinar la internacionalidad de

¹²¹ Kröll, Stefan; *et al. Op. cit.* Pp. 115.

¹²² Schwenger, Ingeborg; *et al. Op. cit.* Pp. 112.

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ *Ibidem.*

la transacción de compraventa. Estos son: **(i)** que no resulta de preeminencia el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados distintos, cuando ello no resulte del contrato o del trato que ellas acordaron; y **(ii)** tampoco se tomará en cuenta la nacionalidad de las partes, así como tampoco el carácter civil o comercial de las partes o del contrato¹²⁵.

Otro punto a considerar en el momento de determinar la aplicabilidad de la Convención, es la efectiva elección de las partes. Se entiende que cuando estas pactan el derecho de un Estado Contratante y no hacen una exclusión expresa de la CIM, la misma resulta aplicable¹²⁶.

Evidentemente, este supuesto depende de otros elementos de aplicabilidad, como por ejemplo el ámbito material. Las partes podrían pactar para su contrato de franquicia la aplicación de la CISG, pero el tribunal arbitral o la corte que conozca de dicho caso, deberá determinar según las reglas de la CIM, las normas del Estado o del Derecho aplicable, entre otras, si dicha elección resulta procedente o no.

Ahora bien, dejando de lado el estudio del artículo 1º, ¿qué se entiende por mercaderías? El Pacto Internacional bajo estudio no posee un concepto expreso en su articulado. A pesar de ello, el artículo 2º establece las cosas o “bienes” que no entran dentro de su concepto de mercaderías. Indica este numeral:

“La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido

¹²⁵ “Que el Convenio de Viena prescinda de la distinción entre materia civil y mercantil se puede considerar un acierto atendiendo a una doble circunstancia. En primer término, se fundamenta en una causa justificada, que no todos los países acogen tal distinción [...]. Y en segundo lugar, así se evitan divergencia de interpretación a la hora de concretar el ámbito de aplicación del Convenio. Hay que tener en cuenta que la distinción entre compraventa civil y mercantil puede resultar dificultosa en un determinado ordenamiento; y a esto se añade la circunstancia de que cada ordenamiento puede usar criterios distintivos propios”. Campuzano Díaz, Beatriz. *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*. Sevilla, España: Universidad de Sevilla, 2000. Págs. 71-72.

¹²⁶ Schwenger, Ingeborg; *et al.* *Op. cit.* Pp. 112.

conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) de electricidad”.

Como se aprecia de la lectura del artículo anterior, los bienes adquiridos para consumo quedan excluidos de la aplicación de la CIM; por lo tanto, las mercaderías deben ser para reventa. Este supuesto posee una excepción y se relaciona con los datos brindados al vendedor, o bien, los que él no pudo haber ignorado, por el tipo o modo de contratar con el comprador. En caso de que el comprador pueda probar que el vendedor conocía su calidad de consumidor, la aplicabilidad de la Convención se daría de forma efectiva.

La idea de excluir los productos para consumo surge de dos motivaciones: (i) descartar las compraventas civiles en los países que poseen una doble regulación en el contrato de compraventa; y (ii) no interferir con normas que generalmente resultan de orden público o imperativas, las cuales ordinariamente se promulgan a lo interno de los Estados, con el fin de proteger a los consumidores¹²⁷. Por ejemplo, en Costa Rica, si esta exclusión no se hubiese efectuado, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor entraría a regir las compraventas efectuadas con consumidores.

La motivación de excluir los bienes descritos en los incisos b), c) y d), se debe principalmente a que estos se encuentran sujetos a regulaciones específicas a lo interno de los Estados. Además de eso, no se integran dentro del espíritu que busca regular la Convención¹²⁸.

¹²⁷ “En efecto, las leyes de protección a los consumidores tienen un grado de imperatividad tan significativo, toda vez que las rige el concepto de orden público, que para la Convención no tenía sentido incluir disposiciones que riñeran o entraran en conflicto con el cometido proteccionista de aquellas”. Larroumet, Christian; Álvarez Londoño, Luis Fernando; Araújo Segovia, Ramiro; et al. *Compraventa internacional de mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2003. Pág. 293.

¹²⁸ “Los Estados partes en la presente Convención, Teniendo en cuenta los amplios objetivos de las resoluciones aprobadas en el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, Considerando que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo constituye un

Específicamente sobre las subastas, cabe resaltar que en dichas transacciones se desconoce quién será el comprador, dónde se encuentra ubicado su establecimiento o domicilio y cuál es el destino de los bienes¹²⁹. Las compraventas efectuadas por medio de concurso público internacional no cabrían dentro del sentido estricto de subasta¹³⁰, por lo que podrían regularse por la Convención.

Sobre las ventas judiciales, caben dentro de este término todas aquellas operaciones de enajenación a cambio de precio, de conformidad con las leyes, se realizan con la colaboración o participación de autoridades judiciales¹³¹.

Sobre el inciso e), relacionado con medios de transporte de gran tamaño, se ha indicado que su descarte se debe a que no resulta claro, en diversas normativas internas, si estos bienes son catalogados o no como mercaderías. Igualmente, su exclusión también responde a que, en algunos Estados, estos bienes se encuentran sujetos a registros especiales¹³².

En relación con las partes que componen dichas embarcaciones, si podría aplicarse la Convención de Viena, como por ejemplo, en la compraventa de motores, repuestos, entre otros¹³³.

importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados, Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional, [...]". Naciones Unidas. "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías." Preámbulo. Viena, Austria, 1980.

¹²⁹ Larroumet, Christian; *et al.* *Op. cit.* Pp. 127.

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ *Ibidem.*

¹³² "La excepción incluye a toda clase de buques y embarcaciones, y por consiguiente, comprende aun los pequeños botes. [...] Los barcos en construcción reciben el mismo tratamiento que los ya construidos, pero los materiales para el buque quedan comprendidos en la Convención. [...] Pero no son buques ni embarcaciones las instalaciones flotantes fijas y que no sirven para el transporte, por ejemplo: los diques, las plataformas o los barcos restaurantes." Larroumet, Christian; *et al.* *Op. cit.* Pp. 127.

¹³³ "El Tribunal Supremo de la República Húngara, 25 septiembre 1992 (Hungría) (PACE) (UNILEX), sí ha enjuiciado bajo las normas de la Convención una compraventa de motores de aviones, por lo que, en definitiva, los contratos de compraventa internacionales relativos a las partes en que se dividen sí estarían gobernadas por la Convención". Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 114.

La misma situación ocurre con la electricidad, en muchos países no se ha definido concretamente si este bien es o no mercadería. Ello fue tomado en cuenta en el momento de redactar la Convención de Viena, por cuanto el interés de su origen era unificar las transacciones de compraventa internacional de mercaderías, lo cual entraría en discusión si un país cataloga como mercadería determinado bien y otro no.

Si se toma en consideración lo establecido por la jurisprudencia, la CISG se ha llegado a aplicar en casos de compraventa de bienes muebles y materiales. Asimismo, se ha indicado que el estado sólido de las mercaderías no resulta necesario. Por ejemplo, en el caso CLOUT 176, un tribunal de Austria aplicó la Convención de Viena a una compraventa de gas propano¹³⁴.

En resumen los contratos de compraventa en el sentido de la Convención de 1980, son aquellos “[...] *contratos recíprocos dirigidos al intercambio de mercaderías a cambio de un precio*”¹³⁵. Ello se deriva del estudio de sus artículos 30 y 53, en los cuales se establecen las obligaciones generales de las partes. Así lo indica la CNUDMI, Instituto que ha afirmado:

“Por consiguiente, cabe definir el contrato de compraventa de mercaderías regido por la Convención como un contrato “en virtud del cual una parte (el vendedor) deberá entregar las mercaderías y transmitir la propiedad de las

¹³⁴ “El demandante, un comprador alemán, y el demandado, un vendedor austríaco, celebraron un contrato con una cláusula FOB para la entrega de una determinada cantidad de gas propano. Las partes intercambiaron comunicaciones por fax y por teléfono sobre las condiciones del contrato, incluida la forma de pago (carta de crédito). No obstante, el comprador no obtuvo la carta de crédito debido a que faltaba un elemento esencial, pues el vendedor no había indicado el nombre del puerto de origen. Además, el vendedor efectuó la entrega del gas a condición de que no se volviese a vender en el grupo de países conocido como Benelux. [...] El tribunal determinó que las partes podían quedar obligadas por cualquier uso o práctica comercial que hubiesen establecido entre ellas (artículo 9 1) CIM). En tales casos, el artículo 9 1) de la CIM había de interpretarse a la luz del artículo 8 1) de la misma Convención en el sentido de que una de las partes debía haber conocido la intención de la otra parte.” CLOUT 176. 10 Ob 518/95 (Tribunal Supremo de Austria, Austria 2 de febrero de 1995) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V97/274/87/PDF/V9727487.pdf?OpenElement> (último acceso: 20 de enero de 2016).

¹³⁵ Schwenzer, Ingeborg; *et al. Op. cit.* Pp. 112.

*mercaderías vendidas y la otra parte (el comprador) estará obligada a pagar el precio y a aceptar las mercaderías". Por consiguiente, como decidió un tribunal, es de la esencia del contrato que se intercambien mercaderías por dinero".*¹³⁶

Ahora bien, esta descripción es un poco abierta, si se toma en cuenta que la misma Convención establece en sus primeros numerales su ámbito de aplicabilidad. Por ello, al momento de analizar si un instrumento internacional como este aplica o no a una relación jurídica, se debe efectuar un análisis integral de su articulado, así como de sus interpretaciones. También, la CNUDMI ha aceptado que este Pacto Internacional se puede adaptar a otro tipo de contratos. Así ha manifestado:

*"El artículo 3 contiene una norma especial que amplía—dentro de ciertos límites—el ámbito de aplicación sustantivo de la Convención para incluir los contratos de compraventa de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas así como los contratos en virtud de los cuales el vendedor se compromete a suministrar también mano de obra o servicios".*¹³⁷

Según la cita anterior, si bien la CNUDMI indica que procede utilizar la CIM para dirimir controversias surgidas de la ejecución de otro tipo de contratos, se debe aclarar que estos siempre guardarán vínculo con la transacción de compraventa.

Entre otras cosas, este numeral ha provocado las distintas interpretaciones del ámbito de aplicación del Tratado, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. Por lo tanto, su estudio comprende todo un apartado en el Capítulo III.

¹³⁶ Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil. "Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías." *ODS - Sédoc.* 2004. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/547/22/PDF/V0454722.pdf?OpenElement> (último acceso: 5 de setiembre de 2016).

¹³⁷ Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil. *Op. cit.* Pp. 136.

No obstante, de forma preliminar, se puede dejar constancia que la misma CNUDMI se ha manifestado al respecto y no ha catalogado este artículo como una puerta para que entren otros tipos de contratos. Ello, también se ha estudiado a nivel doctrinario; por ejemplo, se ha afirmado que:

“Los contratos de suministro de mercadería que haya de ser manufacturadas o producidas (contratos de ejecución de obra con suministro de materiales) se equiparan a los contratos de compraventa, a menos que la parte que encargue las mercaderías haya proporcionado una parte sustancial de los materiales necesarios para la manufactura o la producción (art.3.1)”.¹³⁸

De igual forma, se ha expresado que: “[...] la Convención no se aplica a los contratos que consistan esencialmente en la prestación de servicios (art.3.2.)”¹³⁹. Como último dato relevante para tomar en consideración, la carga de la prueba recae en la parte que busca aplicar la Convención de 1980.

Como conclusión, cabe afirmar que la normativa relacionada con el ámbito de la aplicabilidad de la Convención es claro y específico, hasta cierto punto determinando así en qué situaciones aplica y en cuáles no. No obstante, como ya se indicó, este estudio ha sido muy general y no se ha profundizado en los casos límite, los cuales colocan en entredicho lo regulado por ella misma.

Una vez cumplido el objetivo del presente Apartado, el cual era precisamente estudiar a nivel general el ámbito de aplicación de la CIM, se procederá a analizar qué instrumentos la acompañan, en caso de contradicciones u omisiones.

¹³⁸ Herdegen, Matthias. *Derecho Económico Internacional*. Traducido por Katia Fach Gómez y et al. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2012. Pág. 284.

¹³⁹ Herdegen, Matthias. *Op. cit.* Pp. 138.

Sección II: Instrumentos que la acompañan o la sustituyen: interpretación e integración en caso de omisión

Toda normativa positivizada posee omisiones, por cuanto los legisladores no pueden prever todas las situaciones que se suscitarán en un futuro y necesitarán una respuesta. Asimismo, aunque ello fuera posible, un cuerpo normativo que regule todo de forma expresa a un nivel de detalle extremo, podría provocar la difícil aplicación de la norma, si no es que su inaplicabilidad completa. Lo anterior se acentúa en casos como el que se encuentra bajo estudio, en donde se busca precisamente flexibilidad y amplitud, con el fin de abarcar de manera uniforme transacciones entre muchas personas, tanto físicas como jurídicas, de Estados de diferentes tradiciones.

Entonces, una vez claro lo anterior, ¿cómo se debe proceder en caso de laguna, en virtud de la Convención de Viena? La respuesta es amplia y precisamente por ello se confeccionó el presente Apartado. Existen múltiples salidas a nivel del Derecho Internacional Privado, para solucionar una laguna legal.

El objetivo del presente Apartado es dotar de ideas a los lectores, en caso que necesiten suplir una omisión de la CISG, o incluso, encontrar normativa que pueda –en efecto– ser aplicada, si se determinara que la Convención no puede emplearse. Es decir, seguidamente se expondrán tres fuentes de normas que pueden utilizarse, ya sea: **(i)** cuando la Convención de 1980 posea una laguna; y **(ii)** cuando dicha Convención no resulte de aplicación a una relación jurídica, como por ejemplo, en los casos de contratos internacionales de franquicia.

En este apartado se procederá a estudiar de forma breve las siguientes fuentes normativas del Derecho Internacional Privado: **(A)** la *lex mercatoria*; **(B)** los Principios UNIDROIT; y **(C)** los Principios Generales del Derecho.

Si bien es cierto los Principios UNIDROIT se consideran parte de la *lex mercatoria* y, asimismo, como Principios Generales del Derecho, y de igual forma, los Principios

Generales del Derecho se pueden integrar dentro de la *lex mercatoria*, la idea de exponer cada una de estas fuentes de normas de forma separada, busca que el lector comprenda los alcances de cada una de ellas y sus particularidades. Una vez comentado lo anterior, de seguido se exponen las fuentes normativas citadas.

A. *Lex Mercatoria*

La *lex mercatoria* es un concepto amplio, la cual ha venido en incremento en cuanto a su uso. Su nacimiento se dio en el contexto de la Edad Media, época donde fue necesaria la creación de cierto tipo de reglas que legalizaran las transacciones efectuadas en las ferias, lugar donde se encontraban los comerciantes. Es así como al inicio, la *lex mercatoria* estaba integrada por usos y costumbres de los comerciantes, la cual aplicaba independientemente de la región y la persona¹⁴⁰.

Luego, con la era de la codificación, la *lex mercatoria* cayó en desuso, pues en esos momentos surgían cuerpos legales con normas escritas, las cuales regulaban las situaciones que anteriormente solventaban esas “reglas no escritas”.

Actualmente, la *lex mercatoria*, como bien ya se indicó, ha incrementado en cuanto su uso. Por cuanto el comercio internacional requiere de la flexibilidad que esta brinda y su amplitud permite la regulación de situaciones macro, que resultan de aplicación a cualquier comerciante a nivel internacional. En cuanto a su concepto, se ha manifestado que:

*“La lex mercatoria debe entenderse como un “conjunto de usos creados por diversas vías –cláusulas tipo, definiciones uniformes, contratos tipo, prácticas uniformes, incluso decisiones arbitrales- y que se encuentran lo suficientemente aceptados en el comercio internacional”.*¹⁴¹

¹⁴⁰ Grande, Silvana. «La Lex Mercatoria en los Laudos de la Cámara de Comercio Internacional.» *Universidad de la Sabana*. 2008. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2975902.pdf> (último acceso: 5 de setiembre de 2016).

¹⁴¹ López, Fabián. *Op. cit.* 32.

En otras palabras, la *lex mercatoria* se encuentra formada por prácticas, usos, reglas de conducta, normas operativas del tráfico comercial internacional, las cuales utilizan los operadores económicos y facilitan las transacciones exteriores¹⁴². Ahora bien, aunque la *lex mercatoria* no se encuentre codificada, ello no impide que normas escritas puedan integrarla. Algunas fuentes de la *lex mercatoria* pueden ser: convenciones internacionales, normas del comercio internacional dictadas por los Estados, principios generales del Derecho Internacional, usos, costumbres, leyes uniformes, contratos estandarizados, laudos arbitrales, entre otros¹⁴³.

Para ahondar más en su conceptualización, se ha afirmado que la *lex mercatoria* es un:

“[...] conjunto de normas derivadas como consecuencia de los usos de comercio internacional elevados a rango de “sistemas”, o bien a un orden jurídico distinto y diferente al Derecho nacional, bautizado sistema transnacional o a-nacional, máxima expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional”.¹⁴⁴

Una vez que se tiene noción del concepto de la fuente de la norma estudiada, se debe advertir que esta no puede ser considerada como un ordenamiento jurídico integral, por cuanto en ocasiones, puede no tener una salida para alguna situación específica o de interés para el comercio internacional. Incluso, la doctrina ha llegado a afirmar que esta fuente es un derecho de formularios, por cuanto, *“[...] tan solo aporta contratos tipo o cláusulas tipo, y no abarca todas las materias que comprende el comercio y los negocios internacionales, [...]”*¹⁴⁵. En contrapartida y de forma más relacionada con el objeto de

¹⁴² Jerez Riesco, José Luis. *Comercio Internacional*. Tercera. Madrid, España: ESIC Editorial, 2007. Pág. 271.

¹⁴³ Sánquiz Palencia, Shirley. *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 2005. Págs. 87-92.

¹⁴⁴ Rodríguez Fernández, Maximiliano. "Reconocimiento de la *lex mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional." *Revista e-mercatoria* (Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Comercial) 11 (2012).

¹⁴⁵ López, Fabián. *Loc. cit.*

estudio, se ha indicado que la *lex mercatoria* puede regular los contratos de franquicia. Por ejemplo, se ha afirmado:

“La lex mercatoria, por su carácter despolitizado y neutral, constituye un derecho aplicable muy convincente para las partes en un contrato de franquicia internacional, cuando por ejemplo, la relación económica de dicho negocio jurídico está más vinculada a un Estado que a otros”.¹⁴⁶

Incluso, se ha llegado a afirmar que la aplicación de la CISG puede fungir como *lex mercatoria*, por cuanto *“las disposiciones de la Convención de Viena representan las características generales del derecho de compraventa en todos los sistemas legales”*¹⁴⁷.

En resumen, la *lex mercatoria* es un conjunto de normas, usos, costumbres, tradiciones, buenas prácticas, formularios, jurisprudencia y otros elementos, los cuales dotan de soluciones a los operadores del Derecho y, en específico, a los comerciantes, al momento de regular sus relaciones jurídicas. Esta *lex mercatoria* no es vinculante para las partes, salvo que así lo estipulen expresamente en sus acuerdos, o si ello es así manifestado de forma expresa por la normativa que regula sus relaciones.

Se pueden citar casos en los cuales se ha utilizado la *lex mercatoria*, con el fin de resolver conflictos, en conjunto con la Convención de 1980. Por ejemplo, en un caso conocido por el Tribunal de Arbitraje de Comercio Exterior de la Cámara de Comercio de Serbia, el Tribunal basó su decisión en múltiples normas, dentro de ellas la CIM, la Ley Modelo de la UNCITRAL relacionada con Transferencias Internacionales de Crédito y la *lex mercatoria*¹⁴⁸.

¹⁴⁶ *Ídem*.

¹⁴⁷ Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 114.

¹⁴⁸ *CLOUT 1022*. T-9/07 (Tribunal ampliado del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Serbia, Serbia 23 de enero de 2008) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/srb/clout_case_1022_leg-2627.html (último acceso: 24 de enero de 2017).

En dicho caso, el Tribunal ordenó pagar intereses al vendedor con base en el artículo 78 de la Convención de Viena y, además, determinó la tasa de interés por medio de la *lex mercatoria* y el artículo 2° de la Ley Modelo citada.

Concisamente, la *lex mercatoria* se configura como un conjunto de normas que poseen la flexibilidad requerida en el comercio internacional. Esto garantiza que, en caso que las normas positivizadas carezcan de la maleabilidad necesaria, se tenga siempre una alternativa para solucionar eventuales controversias.

En conclusión, la *lex mercatoria* es una herramienta que poseen los comerciantes y operadores del Derecho, para finalizar sus controversias cuando las normas escritas no les dotan de salidas, o cuando por su propia voluntad, desean someterse a estas. Ello no excluye la precaución que debe tenerse al momento de utilizar estas reglas no escritas, por cuando su no escritura precisamente puede generar problemas de aplicabilidad.

B. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales

Los Principios UNIDROIT nacen de la iniciativa de uniformar las normas que regulan las relaciones comerciales internacionales. El proyecto de su creación data de 1971, tiempo cuando el Consejo Director de la UNIDROIT, incluye este proyecto dentro de los programas de trabajo del Instituto.

Desde la publicación de su primera edición en 1994, se han convertido en un instrumento de estudio imprescindible para el jurista que busca comprender el Derecho más allá de sus fronteras; por lo tanto, ha adquirido relevancia cada vez mayor como herramienta a la que se recurre para fundamentar directa o indirectamente la solución de controversias¹⁴⁹.

Ellos son catalogados doctrinalmente como un ejemplo vivo de la nueva *lex mercatoria*, y, en consecuencia, se consideran integrados en esta. De igual forma, el Preámbulo de estos

¹⁴⁹ Rodríguez Olmos, Javier Mauricio (Compilador). *Principios UNIDROIT. Estudios en torno a una nueva Lingua Franca*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013. Pág. 15.

Principios así lo establece: “[...] *Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes*”¹⁵⁰.

Además, a nivel doctrinal, se ha determinado que su objetivo es: “[...] *instaurar un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que sean aplicados*”¹⁵¹. Ello, solo confirma la internacionalidad de la norma y su flexibilidad.

El gran logro de este cuerpo de Principios es que, en muchas ocasiones, los comerciantes se abstienen de aplicar normas nacionales, con el objetivo de que sus relaciones jurídicas sean reguladas conforme a los preceptos de dichos Principios. Estos, buscan además asegurar la equidad en las relaciones comerciales e imponen principios básicos en su articulado como el de la buena fe, la cooperación entre las partes y el resguardo a la voluntad de estas.

Los Principios UNIDROIT se encuentran íntimamente relacionados con la Convención de Viena de 1980; por lo tanto, no es extraño que los operadores del Derecho los utilicen para suplir las disposiciones de esta. A nivel doctrinario se ha indicado al respecto:

“Buena prueba de ello han sido los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, más conocido como Unidroit o Instituto de Roma [...], que constituyen así mismo uno de los esfuerzos más apreciables por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales. Los Principios revelan una influencia muy acusada de la Convención de Viena de 1980, y en realidad la Convención constituye un

¹⁵⁰ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. 2010. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> (último acceso: 22 de enero de 2017).

¹⁵¹ Castro Montero, Karen. "Las nuevas fuentes de la lex mercatoria." *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, n° 105 (2012): 154-181.

*punto obligado de referencia para los Principios Unidroit*¹⁵² (el resaltado es propio).

Como se aprecia de la lectura del extracto anterior, ambos compendios de normas se suplen, por cuanto han sido creados bajo la misma reflexión: uniformar el Derecho que regula las relaciones comerciales a nivel internacional. Se puede afirmar que los Principios buscan no solo suplir a la CIM, sino además la dotan de herramientas para interpretarla:

“Una de las cuestiones más interesantes que suscita el texto de Unidroit es el de su relación con la Convención de Viena, especialmente en aquellas circunstancias en que ambos resulten aplicables a una transacción. En este sentido, puede adelantarse que la influencia entre ambos instrumentos del derecho uniforme es mutua, siendo la mayoría de las ocasiones textos complementarios entre sí. En otras circunstancias, resultará que los Principios Unidroit suplen a la Convención y viceversa. Es así mismo posible que la función que los Principios Unidroit desarrollen respecto de la Convención, y al contrario, sea la de ayudar en la interpretación a los jueces y tribunales”.¹⁵³

En cuanto a su aplicabilidad a nivel internacional y en suplemento de la CISG, se pueden citar casos en los cuales los jueces o los árbitros han utilizado los Principios para solucionar casos en los cuales la primera resulta aplicable. Por ejemplo, en un caso conocido por la Audiencia Provincial de Madrid, el Tribunal determinó que la Convención resultaba de aplicación a la controversia, en donde las partes discutían el plazo de prescripción del reclamo de mercaderías en un contrato de compraventa¹⁵⁴. Como el plazo de prescripción

¹⁵² Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ *CLOUT 1582*. Castellana Inmuebles y Locales, S.A v. Brunello Cucinelli, S.p.A. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, España 17 de febrero de 2015) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1582_170215.html (último acceso: 24 de enero de 2017).

es un tema que no se encuentra regulado en la Convención, el Tribunal decidió acudir al artículo 10.2) de los Principios.

En otro caso, conocido por el Tribunal Supremo de España¹⁵⁵, se realizó una integración de las normas, por cuanto se utilizaron disposiciones de la Convención de Viena en conjunto con las de los Principios. En esta circunstancia, se cuestionaba si la relación jurídica de las partes era o no un contrato de compraventa. El Tribunal confirmó las resoluciones de primera instancia y apelación, al mismo tiempo indicaba que el contrato vinculante de las partes era un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Para ello utilizó los artículos 8º, incisos 2) y 3) del Tratado, así como el 4º, inciso 1 y 2 de los Principios.

Cabe destacar que existen tres versiones de estos Principios, correspondientes a 1994, 2004 y 2010. Asimismo, UNIDROIT cuenta con Cláusulas Modelo para el empleo de las partes de los Principios. Estas buscan dotarlas de guías de cláusulas, con el fin de que se incorporen a sus contratos. Asimismo, este Instituto cuenta con una Ley Modelo para regular las franquicias¹⁵⁶. Esta última podría catalogarse como *lex mercatoria* al igual que los Principios, por lo cual resulta relevante su mención.

En resumen, los Principios UNIDROIT se configuran como un instrumento altamente reconocido y admitido para suplir a la CIM. Se ha interpretado que ambos cuerpos están muy relacionados y el uno integra, interpreta y sucede al otro. Resulta evidente que estos Principios pueden ser aplicados de manera independiente y exclusiva, siempre y cuando medie entre las partes voluntad para ello, o en los casos en los cuales los operadores del Derecho lo determinen conveniente.

¹⁵⁵ *CLOUT 1346*. 120/2011 (Tribunal Supremo de España, España 12 de marzo de 2011) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1346_leg-3094.html (último acceso: 23 de enero de 2017).

¹⁵⁶ Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado. *Op. cit.* Pp. 28.

C. Principios generales de Derecho

En cualquier ordenamiento jurídico de cualquier Estado, surgen principios generales del Derecho, los cuales se configuran como máximas que se utilizan para interpretar e integrar las normas domésticas. Los principios son normas llamadas a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, bajo el supuesto de que se pueden obtener normas a partir de normas¹⁵⁷.

La doctrina ha afirmado que los principios generales del Derecho:

*“[...] son las supremas verdades del derecho, es decir, aquellos elementos lógicos y éticos del derecho que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a diversos pueblos. Estos principios los deduce la razón de sí misma (la naturalis ratio); son por tanto, naturales. Estos principios generales están en la base del sistema jurídico existente [...] De estos principios proceden las reglas del derecho, es decir, las determinaciones particulares del ordenamiento jurídico”.*¹⁵⁸

Ahora bien, al respecto de la Convención de Viena, en su articulado se indica de manera expresa que esta podrá ser integrada por los principios generales del Derecho. Esto se efectúa en el numeral 7º, inciso 2), en donde establece:

“Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente convención o a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

¹⁵⁷ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid, España: Dykinson, 1998. Pág. 50.

¹⁵⁸ Vela, Luis. *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*. Roma, España: Libreria editrice Dell' Universita' Gregoriana, 1965. Pág. 74.

Muchos han interpretado que este artículo permite que los Principios UNIDROIT estudiados anteriormente, puedan integrar la CISG. Lo cierto es que esta Convención es mucho más amplia, cuando indica que lo no resuelto será dirimido de conformidad con los principios generales en los que se basa o funda. Es decir: “[...]los principios generales del derecho son una fuente de interpretación a la que puede acudir el juez o el árbitro para solucionar lagunas o puntos oscuros en las controversias de derecho comercial nacional o internacional”¹⁵⁹.

Para ejemplificar la aplicación del artículo 7º de la Convención, por medio del cual se utilizan principios generales del Derecho, se puede citar el Caso CLOUT 1038, de donde se tomó en consideración que el “*dies a quo*”¹⁶⁰ no se encontraba regulado por el instrumento convencional: “[...] pero el artículo 7.2 prevé que aquellas cuestiones que no estén expresamente resueltas, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la Convención [...]”.

Cabe destacar que la aplicación de los principios en los que se funda la Convención, procede una vez verificados los supuestos de aplicabilidad de esta. Es decir, la aplicación de los principios opera cuando la Convención de Viena aplica, pero es omisa en un tema en específico.

Otra parte de la doctrina señala que los principios generales deben ser utilizados solo cuando sea posible deducir del texto de la Convención el sentido de una expresión y que no deben sustituir las propias reglas de interpretación de esta:

“Con todo, pese a que los principios se consideran fuente subsidiaria de interpretación, han sido fuente vital a la hora de resolver lagunas de derecho. [...] La doctrina internacional actual sostiene acerca de los principios como conjunto de reglas, que colaboran en la interpretación o complementan otros instrumentos de derecho internacional uniforme. En tal

¹⁵⁹ López, Fabián. *Op. cit.* 32.

¹⁶⁰ Se dice del día a partir del cual (luego de su expiración) se comienza a contar un plazo procesal o legal de caducidad o prescripción.

*sentido, la doctrina internacional manifiesta lo siguiente: Los principios no deberían desplazar las propias reglas de interpretación establecidas en la Convención y, por tanto, solo entrarán en juego cuando sea imposible deducir del texto convencional el sentido de una expresión”.*¹⁶¹

No obstante lo anterior, resulta claro que la Convención no escapa a la interpretación o complemento de sus normas. Esto se debe a que los principios generales de derecho generalmente se configuran como una fuente de Derecho reconocida. Así sucede en Costa Rica, en donde los principios generales se encuentran admitidos como una fuente del Derecho en el Código Civil. Indica el artículo 1º:

*“Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los **principios generales de Derecho** son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las buenas fuentes escritas del ordenamiento jurídico”* (el resaltado es propio).

Como el mismo Código Civil lo establece, en el caso que la Asamblea Legislativa apruebe el Proyecto de Ley N° 18121, sería completamente aceptado a nivel nacional que, las interpretaciones de la CISG y su suplemento en caso de omisiones, se haga con ayuda de los principios generales del Derecho.

Ahora bien, ¿hay principios generales del Derecho que no se encuentren regulados en los Principios UNIDROIT? Se puede afirmar que sí. Se debe recordar que los Principios UNIDROIT no responden a una tradición jurídica específica, sino por el contrario, buscan ser lo suficientemente flexibles para aplicar en cualquier caso. Contrario a ello, los principios generales del Derecho reconocidos a nivel nacional sí responden a una tradición jurídica, cual es la romana o continental. Incluso, aunque algunas disposiciones de los

¹⁶¹ López, Fabián. *Loc. cit.*

Principios UNIDROIT sean provenientes de la tradición jurídica romana, surge la posibilidad de regulaciones que difieran con la práctica nacional.

De igual forma, debe recordarse que los Principios UNIDROIT no contemplan todos los principios generales del Derecho, sino que regulan los principios generales del comercio a nivel internacional. Ello puede variar sustancialmente el resultado de una interpretación o aplicación de una norma. Por lo anterior, al momento cuando un operador jurídico desee suplir alguna omisión o interpretar alguna norma de la Convención de 1980, debe tomar en cuenta las vicisitudes del caso, con el fin de efectuarlo con los principios o normas más convenientes.

En resumen, los principios generales del Derecho son fuente no escrita, reconocida a nivel nacional. En virtud de lo anterior, se configuran como una herramienta más para los operadores del Derecho, para que estos los empleen en los casos que consideren necesarios, como por ejemplo, al momento de aplicar la Convención de Viena.

Sección III: Proyecto de Ley N° 18121: aprobación de la adhesión a la Convención de Viena de 1980

En el presente Apartado se pretende: (A) exponer los elementos más relevantes del expediente del Proyecto de Ley N° 18121; (B) puntualizar las posibles modificaciones que efectuarían los legisladores; y (C) dar a conocer al lector el estado actual de dicho proyecto.

A. Elementos más relevantes del expediente del Proyecto de Ley N° 18121

El Proyecto de Ley denominado “Aprobación de la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, se sometió al torrente legislativo en mayo de 2011, durante el gobierno de la ex presidenta de la República, Laura Chinchilla Miranda. Ello, mediante el oficio LYD 2242-C, suscrito por el Ministro de la Presidencia, el señor Carlos Ricardo Benavides Jiménez.

Dentro de la exposición de motivos¹⁶² que se presenta a la Asamblea con el Proyecto de adhesión a la Convención, se establecen:

1. Que esta fue preparada por la CNUDMI, considerada por juristas y doctrinarios como uno de los instrumentos más importantes para el desarrollo de la economía mundial.
2. Que esta brinda normas jurídicas internacionalmente uniformes, que regulan los contratos internacionales de compraventa.
3. Que para abril de 2011, hay 76 Estados Parte de la CISG, entre los cuales figuran importantes socios comerciales del país, como por ejemplo: los Estados Unidos de América, México, Argentina y República Dominicana, así como varios Estados europeos.

Este fue asignado a la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativa, para elaborar el respectivo dictamen, el cual integró a su vez una subcomisión. Asimismo, el Proyecto fue enviado al Departamento de Servicios Técnicos.

El 21 de junio de 2011 se procedió a remitir a la Imprenta Nacional el expediente del Proyecto, con el fin de efectuar la respectiva publicación en el Diario Oficial La Gaceta. Lo anterior, de conformidad con el numeral 117 del Reglamento de la Asamblea Legislativa. Dicha publicación se efectuó en La Gaceta N° 130 del 6 de julio de 2011.

Por medio de la sesión ordinaria N° 8 del 28 de julio del mismo año¹⁶³, se aprobó enviar el Proyecto de Ley a consulta de las siguientes instituciones: Ministerio de Comercio Exterior, Cámara de Exportadores de Costa Rica, Cámara de Industrias, Cámara de Comercio de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Hacienda, SUGESE y la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado (UCCAEP). De

¹⁶² Folios 2 y 3 del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.

¹⁶³ Folios 42 y siguientes del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.

estas, solo la primera de ellas se manifestó sin objeciones y observaciones¹⁶⁴. Las restantes respondieron que no iban a emitir criterio o no respondieron la consulta del todo.

El 4 agosto de 2011, por medio del oficio ST.135.2010 J, se rindió el Informe Jurídico por parte del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, elaborado por Alex Piedra Sánchez y revisado por Gloria Valerín Rodríguez¹⁶⁵.

En resumen, en este informe se indicó lo siguiente: **(i)** los aspectos que regula el Tratado y los que excluye; **(ii)** la referencia que hace la Convención de los medios de comunicación como telegramas y telex; **(iii)** se deja constancia de que el Convenio relativa a una Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1 de julio de 1964 y la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1 de julio de 1964 no han sido ratificadas por el país; y, de todas formas fueron diseñadas para países europeos; y **(iv)** el análisis de la normativa costarricense vigente que se relaciona con la Convención.

Como se puede apreciar, el informe no es exhaustivo en el tema de la necesidad de aprobar esta Convención, ni de los beneficios jurídicos que gozaría el país, en caso de hacerlo. Se limita mucho en cuanto a su exposición.

Posteriormente, en virtud de la Moción de orden N° 02-16 presentada por varios diputados, se aprobó por medio de la sesión ordinaria N° 16 del 13 de octubre del mismo año, posponer los proyectos ubicados del primero al treceavo lugar en el orden del día de la Comisión, con el propósito de recibir en audiencia al Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Enrique Castillo Barrantes¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Oficio DM-00535-11 del 9 de agosto de 2011, el cual consta a folio 87 del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.

¹⁶⁵ Folios 80 al 86 del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.

¹⁶⁶ No existe constancia en el expediente del Proyecto de Ley N° 18121 que la audiencia al Ministro se haya efectuado.

De seguido, en varias ocasiones, la subcomisión de la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior solicitó ampliar el plazo para el dictado de su informe, lo cual fue aprobado así por el seno de los diputados. El 5 de julio de 2012, se presentó el citado informe resultando “Unánime Afirmativo”. Este se asemeja al rendido por el Departamento de Servicios Técnicos en cuanto a su extensión y profundidad de estudio; pues el informe consta de tres páginas y menciona brevemente los alcances de la Convención.

No obstante lo anterior, la subcomisión de la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior si fijó el beneficio que obtendría Costa Rica al convertirse en un Estado Parte del instrumento convencional, al señalar: “*Con la adhesión de Costa Rica a la presente Convención, nuestro país asegura un marco jurídico predecible y moderno para las transacciones internacionales de compraventa de mercaderías, en armonía con el de otros países de la región y del nuevo mundo*”.¹⁶⁷ (El resaltado es propio).

De seguido, por medio de la sesión ordinaria N° 4 del 5 de julio de 2012, se dispensó de lectura el informe de la subcomisión, ello en virtud de la moción N° 2-4 e inmediatamente, se aprobó dicho informe.

De igual forma, se conoció la moción N° 3-4, la cual sugería cambiar la redacción del artículo único del Proyecto. Inicialmente, este dictaba: “*Apruébese en cada una de sus partes la “CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS”, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, cuyo texto es el siguiente [...]”*”.

La moción sugería que indicara: “*Apruébese la adhesión a la “CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS “en cada una de sus partes, hecha en Viena el 11 de abril de 198, cuyo texto es el siguiente [...]”*”. La moción fue aprobada.

¹⁶⁷ Folios 223 al 225 del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.

Una vez conocidas las mociones, se procedió a abrir a debate el fondo del Proyecto. No obstante lo anterior, ningún diputado hizo uso de la palabra en dicho momento; por lo tanto, se continuó con su aprobación. Este fue admitido por los diputados y se designó a la señora Marielos Alfaro Murrillo para la elaboración del dictamen correspondiente.

El Dictamen Unánime Afirmativo de la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior fue rendido en el Primer Periodo de Sesiones Ordinarias de 2012¹⁶⁸, específicamente el 5 de julio. Por medio de este, se puso a consideración del Plenario Legislativo el conocimiento del Proyecto bajo estudio. La Comisión la integraban los diputados Jeannette Ruiz Delgado, Luis Fernando Mendoza Jiménez, Marielos Alfaro Murillo, Luis Aiza Campos, Ileana Brenes Jiménez, Martín Monestel Contreras, Rodrigo Pinto Rawson, Rodolfo Sotomayor Aguilar y María Eugenia Venegas Renault. El 20 de agosto de 2012, se entregó a la Secretaría del Directorio el Dictamen Unánime Afirmativo.

Fue hasta dos años y dos meses después, específicamente el 8 de setiembre de 2014, cuando la diputada Epsy Campbell Barr solicitó a la Secretaría del Directorio poner a despacho y continuar con el trámite correspondiente, el Proyecto de Ley N° 18121¹⁶⁹. Lo anterior fue nuevamente solicitado el 12 de mayo de 2015, por la diputada Natalia Díaz Quintana¹⁷⁰.

En la sesión plenaria N° 24 del 15 de junio de 2015, se conoció la moción presentada por la misma diputada, Natalia Díaz Quintana, por medio de la cual se solicitó otorgar un nuevo plazo cuatrienal para el citado Proyecto. Esta moción fue aprobada y luego, se procedió a las mociones presentadas vía artículo 137 del Reglamento de la Asamblea, las cuales se remitieron al conocimiento de la comisión dictaminadora.

¹⁶⁸ Folios 240 a 244 del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.

¹⁶⁹ Folio 285 del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.

¹⁷⁰ Folio 286 del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.

Dichas mociones fueron únicamente dos, las cuales establecieron lo siguiente:

“Para que se adicione un Artículo Nuevo al proyecto de ley en discusión, que en adelante se leerá: La República de Costa Rica interpreta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la presente Convención, el Capítulo I “Ámbito de Aplicación”, en el sentido de que cualquier compraventa internacional que realicen la Administración Pública, en sentido amplio, deberá cumplir con los principios y parámetros constitucionales de la contratación administrativa que derivan del artículo 182 de la Constitución Política”.

“Para que se adicione un artículo nuevo al proyecto de ley en discusión que en adelante se leerá de la siguiente manera: “ARTÍCULO NUEVO.- Cláusula Interpretativa: La República de Costa Rica interpreta que no quedará obligada por la Parte II, ni por la Parte III de la presente Convención, de conformidad con lo establecido en el artículo 92 de la misma”.

La Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior presentó el Primer Informe sobre Mociones Remitidas por el Plenario Legislativo, vía Artículo 137 del Reglamento de la Asamblea, el 18 de junio de 2015. Estas se conocieron en la sesión ordinaria N° 2 de la Comisión en la misma fecha. Ambas mociones fueron rechazadas.

El Proyecto de Ley N° 18121 se aprobó en Primer Debate el 11 de octubre de 2016¹⁷¹. El resultado de la votación fue: 41 diputados a favor, 1 en contra, 4 abstenciones. En virtud de la aprobación, se ordenó remitir el expediente del Proyecto a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para la respectiva consulta de constitucionalidad. Ello se efectuó así hasta el 25 de setiembre de 2016.

¹⁷¹ Folios 401 y siguientes del expediente del Proyecto de Ley N° 18121.

Por medio de la resolución N° 2016017404 de las 14:30 horas del 29 de noviembre del año 2016 del expediente 16-014965-0007-CO, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia brinda la consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea. En dicha resolución, la Sala determinó que no existían vicios sustanciales o de trascendencia, capaz de invalidarlo por quebranto a principios esenciales.

Sobre cuestiones de fondo, la Sala Constitucional estableció que:

“El día 11 de abril de 1988, en un solo original y en textos auténticos en idioma árabe, chino, español, francés, inglés y ruso, fue firmada, en la ciudad de Viena, Austria, la Adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías bajo estudio, con la finalidad -según se deduce de la exposición de motivos, del considerando y en el texto del articulado de la Adhesión a la Convención-, de promover el establecimiento de un nuevo orden económico internacional y el desarrollo del comercio en ese ámbito. Lo cual, lejos de contravenir la Carta Constitucional, por el contrario, es acorde con esta y con los principios que la informan, en particular con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 50 de la Constitución Política, entre otros. Asimismo, analizado el contenido del articulado que conforma la Convención consultada, este Tribunal Constitucional estima que, en términos generales, sustancialmente, es conforme con los preceptos, valores y principios fundamentales del Derecho de la Constitución”.

Como se puede apreciar de la lectura del extracto anterior, la Sala Constitucional evacuó la consulta preceptiva de la Asamblea Legislativa, concluyendo que la Convención no roza ninguna disposición constitucional del ordenamiento jurídico costarricense.

Asimismo, el proyecto se remitió a la Comisión Permanente Especial de Redacción, para su respectivo trámite. Esta Comisión mantuvo incólume el texto de la Convención de Viena de

1980, salvo por la modificación que realizó al Artículo Único, cambiando la palabra “apruébese” por “se aprueba”.

El miércoles 11 de enero de 2017 se leyó el informe presentado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el 12 de ese mismo mes y año, se votó en Segundo Debate el Proyecto.

B. Estado actual del Proyecto de Ley N° 18121

Una vez cumplidos los procedimientos respectivos en la Asamblea Legislativa, se procedió a remitir el Proyecto de Ley a Casa Presidencial, lo cual fue efectuado el 17 de febrero del año 2017. Ese mismo día el Presidente de la República, Luis Guillermo Solís, firmó el Proyecto, dotándolo de carácter de ley.

La ley titulada “Aprobación de la Adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías” lleva por número el 9421, y se encuentra en Imprenta Nacional para ser publicada en el Diario Oficial La Gaceta.

C. Posibles modificaciones que efectuarían los legisladores a la Convención de Viena al momento de su ratificación

Como ha sido establecido en el apartado anterior, el Proyecto de Ley N° 18121 no supone ninguna modificación al texto original de la Convención. De igual forma, a pesar de que fue propuesto mediante una moción, la Asamblea estaría aprobando la adhesión al instrumento convencional sin ningún tipo de reserva.

Conclusiones del Capítulo

Una vez estudiados los aspectos relevantes de la Convención de 1980, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- La Convención de Viena fue creada con el fin de regular las transacciones de compraventa a nivel internacional.
- Los artículos que regulan su ámbito de aplicación son principalmente los que van del 1° al 3°.
- Según el numeral 1°, para que la CISG pueda aplicarse: **(i)** los Estados en donde se encuentran las partes sean diferentes y contratantes, o las normas de Derecho Internacional Privado conlleven a la aplicación de la normativa de un Estado contratante; y **(ii)** no se tomará en cuenta la nacionalidad de las partes, así como tampoco, si la transacción es de carácter civil o mercantil.
- Sobre el artículo 2°, es relevante tomar en cuenta que este numeral establece que la Convención no resultará aplicable a transacciones relacionadas con compraventas de mercaderías para uso personal, en subastas, subastas judiciales, valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves y de electricidad.
- Cuando la Convención no regula algún aspecto en concreto, puede suplirse sus omisiones con la ayuda de normas existentes a nivel internacional, como por ejemplo: Los Principios UNIDROIT, la *lex mercatoria* y los Principio Generales del Derecho.
- Por una parte, la *lex mercatoria* es un conjunto de normas, buenas prácticas, usos, costumbres, contratos tipo, resoluciones judiciales y laudos arbitrales, entre otros, que se relacionan directamente con el comercio internacional. Por su parte, los Principios UNIDROIT es un compendio de los principios generales en el comercio internacional, los cuales carecen de fuerza coercitiva, salvo que las partes pacten lo contrario. Por último, los Principios Generales del Derecho son las máximas del Derecho que se encuentran en cada ordenamiento jurídico en específico. Son normas que no se encuentran escritas; pues su existencia es admitida a nivel jurídico.
- La *lex mercatoria*, los Principios UNIDROIT y los Principios Generales del Derecho pueden utilizarse en sustitución de la Convención de Viena, cuando se determine que esta no resulta aplicable; por cuanto estas normas integradoras

contienen, en general, disposiciones flexibles que pueden acoplarse con cualquier ordenamiento y tradición jurídica.

- Costa Rica no es actualmente un Estado contratante de la CISG. No obstante, el país da pasos cada vez más firmes en la adhesión a este instrumento convencional. Si el Proyecto de Ley N° 18121 sigue avanzando como lo ha hecho en los últimos meses de 2016 y principios de 2017, muy pronto se estará incorporando dentro del ordenamiento jurídico costarricense, para ser una herramienta actual, uniforme y moderna para la resolución de conflictos relacionados con transacciones de compraventa.
- Desde el punto de vista teórico, cuando la Convención entre al ordenamiento jurídico costarricense, los contratos internacionales de franquicia firmados en fecha anterior, no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la CISG. Ello, por cuanto ninguna norma posee efectos retroactivos, salvo que ello sea así expresado. No obstante, en los casos en los que las partes deseen que dicho instrumento convencional regule sus relaciones, partiendo del Principio de Autonomía, ello será completamente válido, siempre y cuando se respeten las normas generales planteadas en el presente estudio.

Una vez expuestas las conclusiones de este Capítulo, se procederá a desarrollar el Capítulo III, con el cual se pretende dar respuesta al problema jurídico cuestionado en el presente estudio.

CAPÍTULO III

APLICABILIDAD DE LA CISG AL CONTRATO INTERNACIONAL DE FRANQUICIA EN COSTA RICA

Como ya se ha adelantado en el presente estudio, el problema que se pretende resolver se relaciona directamente a la esfera de aplicabilidad de la Convención de Viena, de manera específica en los contratos internacionales de franquicia. Una vez estudiados los temas generales relacionados con este tópico, de seguido se pretende desarrollar el núcleo del problema, para buscar de igual forma, la respuesta al mismo.

El objetivo del presente Capítulo es estudiar el problema, de primero se parte del estudio de los artículos de la Convención que han generado múltiples interpretaciones y criterios a nivel internacional. Luego, se analizará precisamente dichos criterios doctrinarios, para así arribar a la aplicación de dichas teorías en la jurisprudencia internacional.

Con esto se pretende entonces abarcar todo lo necesario, con el fin de ofrecer respuesta al problema y confirmar o no la hipótesis del presente estudio. Para ello, al igual que en los otros capítulos, este se dividirá en tres secciones. A continuación se analizará el artículo 3° de la Convención de 1980, con el objetivo de analizar sus alcances y su relación con el tema de estudio.

Sección I: Artículo 3° de la Convención de Viena de 1980

En el Capítulo I del presente estudio, se hizo una breve mención al artículo 3° de la Convención de Viena y, en dicho apartado, se indicó que el estudio a profundidad de ese numeral se efectuaría en la presente Sección. Este artículo regula el concepto de contrato de compraventa a la luz de la Convención, de la siguiente forma:

“1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte

sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios”.

Si se parte de la lectura del inciso 1), como regla general, un contrato de mercaderías en las cuales estas hayan de ser manufacturadas por trabajo o materiales del proveedor, se comprende como un contrato de compraventa. Ahora bien, cuando los materiales aportados conformen una parte sustancial, la Convención resulta inaplicable. Ello ocurre cuando la totalidad o la mayoría de los materiales que se necesitan, son suministradas por el comprador o el cliente.

De una simple lectura del numeral, parece no haber mayores problemas en cuanto a su interpretación. Sin embargo, la Convención utiliza en el presente numeral –y a lo largo de su articulado-, conceptos abiertos, precisamente para garantizar la flexibilidad de la norma; pero a la larga también produce una multiplicidad de interpretaciones. Por cuanto, el mero procesamiento de las mercaderías no supone una compraventa. Los problemas surgen en los casos en donde ambas partes aportan materiales, pues es el momento en el cual se debe trazar el límite entre contratos de compraventa y contratos de servicio o manipulación de mercaderías.

En cuanto al primero de los incisos del artículo, se utiliza el concepto “parte sustancial” y no se indica a lo largo de la Convención, qué se entiende por este concepto. En virtud de esta frase, a nivel doctrinario, se han creado tres teorías o corrientes que dotan de contenido a este término. Estas se basan: **(A)** en el valor económico de los materiales aportados por el comprador (criterio económico); **(B)** la esencialidad de los materiales (criterio de la esencialidad); y **(C)** el número o la cantidad de los materiales (criterio cuantitativo).

A. Criterio económico

En cuanto a la primera de las corrientes, la parte sustancial de los materiales se definirá por el costo económico de estos. Es así como, para eliminar la aplicación de la CISG, los materiales aportados por el comprador deben ser superiores en valor, generalmente en un 50 %¹⁷², a los suministrados por el vendedor. Es así como la doctrina ha indicado:

“Algunos autores consideran que el artículo 3.1 CNUCCIM adopta un criterio basado en el valor, esto es, en el valor económico, por lo que los materiales suministrados por el comprador deben ser superiores en valor a los proporcionados por el vendedor en orden a excluir la Convención”.¹⁷³

La regla que determina la exclusión de la CISG por el valor económico de los materiales del comprador se deriva, según la doctrina, de la comparación entre los términos “parte sustancial” del inciso 1) y “parte principal” del inciso 2). Es así como se deriva la regla de que la parte sustancial debe ser menor a la principal¹⁷⁴.

Ahora bien, es Consejo Asesor de la CISG ha establecido que:

*“Considerar un porcentaje fijo **podría ser arbitrario** debido al hecho de que **deben tenerse en cuenta las particularidades de cada caso; que la doctrina está dividida**; y que el origen de estas cifras no está claro. Por consiguiente, **no parece aconsejable cuantificar el término “sustancial” a priori en porcentajes**. Sería preferible un análisis caso por caso y, por tanto, debería determinarse sobre la base de un análisis global”*.¹⁷⁵ (El resaltado es propio).

¹⁷² “Desde un punto de vista económico podría afirmarse que la materia principal debe representar más del cincuenta por ciento del valor del bien”. Larroumet, Christian; *et al. Op. cit.* Pp. 127.

¹⁷³ Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

¹⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁷⁵ Consejo Asesor de la CISG. "Opinión número 4 del Consejo Asesor de la CISG. Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CISG)." *CISG Advisory Council (CISG-AC)*. 24 de octubre de 2004. http://cisgac.com/file/repository/Spanish_opinion4.pdf (último acceso: 23 de enero de 2017). Págs. 8-9.

Como se ha indicado, la mayoría de la doctrina establece que el 50 % del valor de los materiales determina su sustancialidad, en relación con el criterio económico. Sin embargo, este criterio no es uniforme, ya que se hallan autores que han establecido porcentajes de un 15 % a un 40 %.

Por ello y si también se toma en consideración lo establecido en la cita doctrinal transcrita, este criterio no se encuentra claramente definido en virtud con el porcentaje que tiene que poseer el valor de los materiales para que la Convención de Viena aplique o no.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el Consejo Asesor de la CISG ha recomendado usar este criterio, salvo cuando este no puede o no debe aplicarse, por ser inapropiado por las circunstancias específicas del caso¹⁷⁶.

B. Criterio de la esencialidad

Sobre la segunda corriente interpretativa, se ha afirmado que el valor de las mercaderías carece de interés, más bien esta “sustancialidad” se define por la esencialidad de las mercaderías. Es decir, si un bien resulta esencial, pero es más económico que el aportado por la otra parte, prevalecerá entonces el primero, por cuanto a pesar de su valor monetario, resulta fundamental. La doctrina lo ha indicado de la siguiente forma:

“[...] el criterio relevante de interpretación debe apoyarse en la cualidad de las mercancías suministradas (como la versión en francés sugiere) y, por consiguiente, la naturaleza de los materiales, su funcionalidad, se convierte en el elemento clave para decidir si la transacción se gobierna por la Convención”.¹⁷⁷

¹⁷⁶ “Al interpretar las palabras “parte sustancial” según el artículo 3(1) CNUCCIM debe usarse, con carácter primordial, el criterio del “valor económico”. El criterio de “esencialidad” debe considerarse únicamente cuando el del “valor económico” no puede o no debe aplicarse por no ser apropiado teniendo en cuenta las circunstancias del caso”. Consejo Asesor de la CISG. *Op. cit.* Pp. 175.

¹⁷⁷ Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

Al respecto de lo indicado en la cita, sobre la versión en francés, cabe recordar que la Convención ha sido traducida principalmente a las lenguas español y francés, en ese sentido, el inglés es el texto base. Con la referencia que realiza al autor francés, se recuerda que la traducción de los textos y, principalmente en materia legal, puede provocar múltiples interpretaciones. Por tanto, no es lo mismo “parte sustancial”, “*part essentielle*” o “*substantial part*”. Si bien todos los términos se traducen entre sí de la misma manera, las interpretaciones que de estos términos se desprenden varían de forma indudable.

Además de lo expuesto, se ha afirmado que este criterio nació precisamente de la redacción de la Convención en su idioma francés. Ha expresado el Comité Asesor de la CISG:

*“La historia legislativa de la Convención apoya la conclusión de que el criterio de la esencialidad fue rechazado. Tanto el Artículo 6 de la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964 (LUVI) como el Artículo 1(7) de la Ley Uniforme sobre Formación de 1964 (LUF) establecen que las mismas quedarán excluidas si la parte que encarga las mercaderías proporciona una parte esencial y sustancial de los materiales. La palabra “esencial” fue eliminada, sugiriendo que el criterio de la esencialidad fue rechazado por los redactores de la CNUCCIM. No obstante, a pesar del hecho de que “esencial” había sido expulsado “por la puerta”, entró “por la ventana” a través de la versión francesa del texto de la Convención, de la interpretación de algunos autores y de cierta jurisprudencia”.*¹⁷⁸

A pesar de lo manifestado por el Comité Asesor, lo cierto es que actualmente el criterio de la esencialidad es reconocido a nivel internacional, como una posible alternativa para la interpretación del concepto “sustancial”, integrado en el numeral 3º de la CISG, incluso siendo utilizada por autores, jueces y árbitro. Es así como, según esta corriente, la sustancialidad se definirá por la esencialidad del bien.

¹⁷⁸ Consejo Asesor de la CISG. *Op. cit.* Pp. 175.

C. Criterio cuantitativo

Por último, existe la corriente de interpretación basada en un criterio cuantitativo. Es decir, la parte sustancial que entregue la parte dependerá básicamente de la cantidad o volumen de materiales que brinde una u otra. Al respecto, explica la doctrina:

*“Finalmente, otros autores utilizan un criterio apoyado en la cantidad (como sugieren la versión inglesa y la española), de tal forma que los materiales proporcionados por el comprador han de constituir una cantidad superior a aquellos proporcionados por el vendedor para excluir la Convención. Con todo, se indica, en nuestra opinión de forma equivocada, que este criterio no difiere demasiado del primero, esto es, del económico”.*¹⁷⁹

Como queda explicado, este criterio se centra en la cantidad de materiales aportados por las partes, con el fin de determinar la sustancialidad de estos y, en consecuencia, la aplicación de la CIM.

Ahora bien, al respecto de las tres corrientes doctrinarias, la doctrina calificada internacionalmente¹⁸⁰ ha analizado la teoría basada en el valor económico de los bienes. Se ha indicado que el punto de partida debe ser el valor de los materiales. Mas, esto puede generar conflictos, por cuanto el coste puede ser: **(i)** el valor inventariado; **(ii)** el obtenido por medio de compra mayorista; o **(iii)** por el que se consigue en el mercado. La solución que se brinda es tomar como determinante, el importe al momento del pacto del contrato. Otro punto a tomar en consideración es el valor de los materiales aportados por las partes, entre sí y no con el precio del producto final.

De igual manera, se realiza la salvedad que el valor no debe opacar la esencialidad de los materiales. Por ejemplo, en los casos en los que un bien material posee menos valor

¹⁷⁹ Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

¹⁸⁰ Schwenzer, Ingeborg; *et al.* *Op. cit.* Pp. 112.

económico, pero mayor esencialidad para el producto final. En estos casos excepcionales, se invita a no tomar como regla estricta la teoría del coste. A pesar de ello, indica también esta doctrina altamente calificada: “Aún así, como regla general, aparte de estas raras excepciones, la evaluación del “valor económico» conduce regularmente a resultados apropiados y en la práctica es normalmente la única evaluación disponible”¹⁸¹.

A pesar de lo anterior, cabe recordar que estas nociones pueden ser interpretadas por su concepto coloquial, o por el contrario, poseer un valor jurídico convirtiéndose en un concepto legal. Lo importante es tener claro que cada una de las teorías podrá ser de aplicación según el caso, y, establecer una preferencia por alguna sería generalizar todas las situaciones, lo cual no es el sentido de la Convención, de las teorías ni del presente estudio. Por ello, los operadores jurídicos las deben utilizar como herramientas para solucionar los problemas jurídicos que conocen, con el fin de elegir la más prudente para la resolución del caso, y en resumen, decidir si se excluye o se aplica la Convención de Viena.

Es relevante tomar en cuenta que a la aportación de materiales inmateriales no le resulta aplicable el artículo 3º, inciso 1). Ello solo podría ocurrir en casos en donde se aporten componentes valiosos por su *know how* o los derechos de propiedad industrial en los que se basa la producción¹⁸².

Ahora bien, con respecto al inciso 2) del artículo bajo estudio, este indica que la CIM no resultará de aplicación en los casos en los que, la **parte principal del contrato** sea proporcionar mano de obra o prestar otros servicios¹⁸³. Es decir, este artículo e inciso en específico buscan eliminar la aplicabilidad de la Convención de 1980 a los contratos de obra en donde se involucra la compraventa de materiales también, o en los contratos de *outsourcing* en los que una parte contrata un servicio y además compra o vende bienes para la prestación del servicio que está contratando.

¹⁸¹ Schwenzer, Ingeborg; *et al. Loc. cit.*

¹⁸² *Ibidem.*

¹⁸³ López, Fabián. *Op. cit.* 32.

A mayor abundamiento, la doctrina ha expresado:

“Así, en la Convención de Viena, y utilizando un lenguaje no uniforme, los contratos de obra con suministro de materiales por parte de quien realiza la obra son siempre de compraventa [...], mientras que por el contrario no son siempre contratos de obra los contratos en los cuales el comitente suministre materiales. [...] La Convención no parte de la relación entre la obligación de dar o de hacer a los efectos de caracterizar al contrato como compraventa, sino que atiende únicamente al dato de la aportación de materiales sin que este, pues se compare con la prestación de trabajo, [...]”¹⁸⁴

En el caso anterior, podría incluso cuestionarse la aplicación del Tratado Internacional, si se parte de las teorías anteriormente estudiadas ¿Sería aplicable la CISG a un contrato de obra en el cual hay suministro de bienes, en los casos en los que los materiales no sean esenciales, no resulten económicamente más caros que la obra en sí o resulten de poca cantidad en comparación con las obras o construcciones que deban efectuarse?

Es una situación cuestionable, pues entonces la Convención sería de aplicación a cualquier contrato de obra en donde se involucre el aporte de materiales por alguna de las partes. Ahora bien, los contratos de obra no son el objeto de estudio de este trabajo, pero si se relacionan.

Por ejemplo, se cita a continuación un ejemplo de contrato de compraventa, de obra y de franquicia que podría darse en la realidad y estar sujeto al cuestionamiento de la aplicación de la Convención de Viena:

“Supongamos que una empresa situada en Colombia, quiere construir una planta industrial para producir determinado producto farmacéutico, por lo que entra en contacto con una compañía de Estados Unidos para tal fin. Así mismo, la compañía colombiana necesita adquirir o licenciar el know how

¹⁸⁴ Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

*que tiene la compañía estadounidense para producir el mismo producto farmacéutico bajo la misma marca de esta. Al respecto se presentan dos posibilidades: 1) si la compañía estadounidense no solo se obliga a construir la planta industrial, licenciar el know how, enviar el personal para proveer al beneficiario (empresa colombiana) de asistencia técnica, sino que, además, suministra los materiales para la construcción de aquella, el contrato se considerará compraventa y, por tanto, se regirá por la Convención. El know how y la transferencia de tecnología en este ejemplo forman parte de un convenio más amplio como es el de construcción de una planta. De manera que, en este primer supuesto, el know how transmitido se aporta junto con los materiales para la construcción de la planta y la asistencia técnica correspondiente; la tecnología está inserta en el material que se suministra para la construcción respectiva. 2) Si la empresa colombiana suministra los materiales o una parte sustancial de ellos, verbigracia, diseños, planos y know how, el contrato es de obra y, por consiguiente, quedará excluido del campo de aplicación de la Convención”.*¹⁸⁵

Como se aprecia en el caso anterior, existe la participación de varios acuerdos, de los cuales, según su enfoque e interpretación, podría resultar de aplicabilidad la Convención. Ahora, con base en este mismo ejemplo, sigue indicando la doctrina:

“Supongamos, con base en el mismo ejemplo propuesto, que la compañía estadounidense suministra principalmente servicios, o que la empresa colombiana suministra en forma esencial al contrato mano de obra para la construcción de la planta; en ambas hipótesis el contrato no se rige por la Convención y no es una compraventa internacional de mercaderías. La parte principal de las obligaciones en los dos casos es el suministro de servicios o de mano de obra. En los contratos de transferencia de tecnología y, en general, cuando estos van ligados a otros convenios, la prestación principal

¹⁸⁵ López, Fabián. Loc. cit.

*consiste en la presentación de servicios (asistencia técnica para la explotación de tecnología). No obstante en caso contrato, esto es, si la prestación principal consiste en el suministro de materiales de una u otra parte, ya sea el artífice o quien encarga la obra, el contrato será de compraventa o de obra, respectivamente”.*¹⁸⁶

Como se aprecia, no existe una regla específica que pueda aplicarse a todos los casos, por cuanto cada uno presenta sus respectivas peculiaridades. A pesar de ello, sí existen reglas generales, las cuales permiten determinar la aplicación de la CIM, al menos de forma preliminar. Estas reglas se encuentran contenidas en el artículo 3° de la misma y, a pesar de sus diferentes interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales –que se verán de seguido–, no se debe perder de vista la norma, su redacción y su espíritu.

Ahora, de lo estudiado hasta el momento, no se ha mostrado cómo este artículo podría dar pie a la aplicación de la CISG a los contratos de franquicia. Por ello, en la última parte de esta Sección se ahondará en ese punto.

Sobre la diferenciación de los contratos de compraventa y obra en virtud con los contratos de franquicia, la doctrina ha manifestado:

*“La Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías estableció en forma clara su campo de aplicación. **Los contratos de franquicia, y los contratos de licencia industrial o de know how, están excluidos del campo de aplicación de esta.** Sin embargo, la aclaración precedente cabe para los contratos de transferencia tecnológica que se celebran de forma autónoma y no en el marco de otros contratos, como, por ejemplo, una compraventa internacional. ¿Esto qué significa? El texto uniforme del que venimos hablando contiene una disposición en la que distingue los contratos de obra de los contratos de compraventa; se trata del artículo 3°. Allí, siguiendo los mismos principios del derecho romano, se*

¹⁸⁶ *Ídem.*

*establece en el inciso 1º que se considerarán compraventa y, por tanto, se regirán por la Convención, los contratos en los que el artífice, esto es, quien realiza una obra determinada, verbigracia, construye un edificio, suministra las mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, mientras que el contrato será de obra cuando quien encargue la obra proporcione una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción, por lo cual, como es lógico, a este negocio jurídico no se le aplicará la Convención ”.*¹⁸⁷ (El resaltado es propio).

Como se puede apreciar, a nivel doctrinario, al menos en cuanto al desarrollo del artículo 3º, resulta claro que los redactores de la Convención tenían como objetivo, distinguir la aplicación de esta cuando existen contratos de compraventa y otros tipos de contrato que enmarcan dentro de sí, compraventas de mercaderías. Por lo tanto, debe quedar claro, a pesar de que haya una compraventa de mercaderías, no siempre resultará procedente emplear la Convención de 1980, por cuanto los elementos de la relación de las partes y sus peculiaridades, pueden excluirla.

Por ello, nuevamente se insiste en que cada caso es exclusivo y una misma regla puede excluir o aplicar la Convención de Viena. Ahora, surge un sector de la doctrina que considera lo anterior como correcto, pero otros sectores consideran que la aplicabilidad de dicha Convención debe promoverse, a pesar de su ámbito de aplicación. Ello, por la empañada visión de que el éxito de este instrumento convencional justifica su aplicación ilimitada a contratos de todo tipo. Este punto será abordado en la sección que seguidamente se desarrollará.

Previo a ello, en conclusión, se puede afirmar que el artículo 3º de la Convención de 1980 también se suma a la lista de numerales que establecen los supuestos de aplicabilidad de esta. Son todos ellos (los supuestos de aplicación), normas generales que buscan ser flexibles para acoplarse a la infinidad de casos que podrían enfrentar los operadores del Derecho.

¹⁸⁷ López, Fabián. *Loc. cit.*

Sección II: Posturas doctrinales y casos internacionales en donde se ha afirmado la posibilidad de aplicar extensivamente la Convención de Viena

En cuanto al tema de aplicabilidad de la CISG, hay múltiples corrientes doctrinarias y jurisprudenciales. Existen sectores que buscan su aplicación en los casos que concuerden exclusivamente con su ámbito de aplicación (compraventas). Otro, un tanto más liberal, apoya la idea de aplicar la Convención de forma flexible, en aquellos casos en los cuales incluso esta no debería destinarse en el caso concreto. Por último, en medio de ambas, surge una posición ni muy estricta ni muy liberal, que defiende la aplicabilidad de la Convención en los casos en que resulte procedente, ya sea por su ámbito de aplicación, la elección de las partes o las particularidades del caso.

En la presente Sección se analizarán los criterios doctrinales y los casos jurisprudenciales en los cuales, a pesar de lo expresado en los artículos relacionados con aplicabilidad de la CIM, se ha extendido precisamente sus alcances, a situaciones en que no deberían ser resueltos por este instrumento convencional.

Previo al estudio de estos autores y casos, se deben hacer las siguientes aclaraciones: **(i)** lo indicado por la doctrina no necesariamente es uniforme en un mismo autor; es decir, algún autor pudo haber efectuado afirmaciones que tienden a la aplicabilidad extensiva de la Convención y, en otro momento haber cambiado de criterio, o viceversa; y **(ii)** al grupo de doctrinarios y casos internacionales que serán analizados en la presente Sección, son catalogados para los efectos del presente estudio, como corriente liberal.

Una vez hechas las anteriores indicaciones, cabe destacar que este sector de la doctrina parte del éxito que ha tenido la Convención de 1980, para buscar su aplicación a otro tipo de contratos de los que regula. Asimismo, se ha afirmado que por su flexibilidad y contener normas generales y básicas del comercio internacional, se debe utilizar para dirimir controversias ajenas a su esfera de aplicación.

Para entrar en materia, ha indicado la doctrina:

*“Uno de los desarrollos más importantes de la Convención de Viena de 1980 ha sido el de su aplicación **al margen de los supuestos en que resulta aplicable**, confirmando así el carácter de las reglas de la Convención como normas de general aplicación a los contratos y **no exclusivamente al contrato de compraventa internacional de mercaderías. De ahí que la Convención pueda servir para interpretar o para cubrir las lagunas de nuestros códigos**”.*¹⁸⁸ (El resaltado es propio).

Si se parte de la cita anterior, se afirma que la CISG puede aplicarse incluso a contratos que se encuentren fuera de su ámbito de regulación, esto sugiere la posibilidad de efectuar una aplicación general de esta a otros contratos. Indica la cita que ello se desprende así de la jurisprudencia española.

Sobre este último punto en concreto, se debe recordar que la jurisprudencia, al menos desde un sentido teórico, no debe legislar en un país. Evidentemente, en la práctica parece ser de otra forma, por cuanto son los tribunales judiciales y arbitrales quienes dan vida a las normas y las aplican a diario, en un sentido u otro.

Sin embargo, en el caso de que España haya aplicado la CISG a otros contratos ajenos a una relación de compraventa, debe analizarse precisamente los motivos que conllevaron a los operadores del Derecho a proceder de esta forma.

Ahora bien, para retomar los aportes doctrinales, se ha afirmado que en virtud de que la Convención de Viena es el resultado de la compilación de las mejores prácticas y los usos a nivel comercial internacional en el derecho de la compraventa, ello permite entonces

¹⁸⁸ Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

concluir que el instrumento convencional pertenece a la *lex mercatoria* y, además, que es un compendio de normas generales aplicables a todos los contratos¹⁸⁹.

Ante la primera afirmación, en el sentido de que la CISG se encuentra integrada dentro de la *lex mercatoria*, se debe analizar lo que este concepto engloba, lo cual fue hecho en el Capítulo anterior. De lo que allí se dispuso, la *lex mercatoria* es un grupo de elementos (cláusulas tipo, definiciones, usos, costumbres, prácticas uniformes, decisiones judiciales o arbitrales, entre otros), que se aceptan en el comercio internacional.

Si se considera que la Convención es el resultado de la unificación de normas de distintos sistemas sociales, económicos y jurídicos, y, además contiene los mejores usos en el mercado internacional en relación con los contratos de compraventa, entonces se podría indicar que sí se encuentra contenida entonces en la *lex mercatoria*.

Sobre la segunda afirmación que se ha efectuado, si se debe hacer un análisis un tanto más profundo; por cuanto supone precisamente el tema en discusión: ¿Se puede aplicar la CISG a los contratos de franquicia? Según este sector de la doctrina, como ya se evidenció, sí. Incluso ha manifestado:

*“Si bien la Convención de Viena restringe teóricamente su papel a los contratos de compraventa internacional de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes (artículo 1 CISG), su regulación y contenido —más aún su aplicación práctica— no se circunscribe únicamente a esos contratos. Se trata de una regulación en muchas ocasiones general, **por tanto susceptible de ser aplicada a cualquier contrato y no únicamente a los de compraventa internacional.** Es más, su regulación se corresponde con la que realizan los Códigos de los sistemas*

¹⁸⁹ “Ello se hace sobre la base de entender que “las disposiciones de la Convención de Viena representan las características generales del derecho de compraventa en todos los sistemas legales” o que son usos de comercio relevantes. En definitiva, se trataría de la aplicación de la Convención de dos formas diversas, aunque estrechamente relacionadas: como *lex mercatoria* y como reglas generales aplicables a otros contratos, mercantiles o civiles, internacionales o nacionales”. Perales, María Pilar. *Loc. cit.*

del civil law o los Restatements de los sistemas anglosajones en sede de teoría general. Ello hace que la regulación vienesa no sea exclusiva de los contratos de compraventa internacional de mercaderías sino que la misma es válida para los de compraventa interna y, en general, para cualquier contrato, internacional o no".¹⁹⁰ (El resaltado es propio).

Como se desprende de la cita transcrita antes, se afirma que la CISG puede aplicarse a cualquier tipo de contrato, independientemente de su naturaleza y los criterios de internacionalidad. De acuerdo con esto, la Convención de Viena podría aplicarse a contratos de obra, servicios, asociativos, e incluso, laborales.

Es así como, esta interpretación liberal ha conllevado a este sector de la doctrina a afirmar que incluso la CISG puede regular los acuerdos de arbitraje. Al respecto, se ha manifestado:

“El éxito de la CISG, con su presunta aplicación de normas internacionalmente armonizadas, sugiere el camino a seguir. Las numerosas referencias en el Convenio a las disposiciones relativas a la solución de controversias en los contratos de venta internacionales subraya la opinión de que los acuerdos de arbitraje no necesitan tratarse de manera distinta de las demás disposiciones de los contratos de venta internacionales. Por ejemplo, el apartado 3 del artículo 19 enumera las disposiciones relativas a la solución de controversias entre las que se refieren "al precio, al pago, a la calidad ya la cantidad de las mercancías, al lugar y al momento de la entrega, Del contrato. El apartado 1 del artículo 81 da efecto al principio de separabilidad, en virtud del cual una cláusula de solución de controversias sobrevive a la eliminación del saldo de los términos del contrato. La inclusión en la CISG de estas referencias a las cláusulas de solución de controversias sugiere que los otros artículos de la Convención, incluida la disposición del artículo 11 relativa a la ausencia de formalidad, podrían

¹⁹⁰ Perales Viscasillas, María Pilar. "Los principios UNIDROIT y CISG: Su mutua interacción." *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/138/12.pdf> (último acceso: 17 de febrero de 2016).

aplicarse también a los acuerdos de solución de controversias, incluidos los de arbitraje".¹⁹¹(El resaltado no es propio).

Como se puede apreciar de la cita transcrita, este sector doctrinal aboga por la extensión a cualquier tipo de acuerdo del Instrumento Convencional bajo estudio, incluso aquellos donde no tienen ninguna relación con temas comerciales. Si bien es cierto el arbitraje se ha vuelto el procedimiento predilecto en el comercio internacional, para facilitar y presurizar la resolución de controversias, lo cierto es que existen múltiples normas a nivel internacional que regulan la validez, la formación y la eficacia de este tipo de cláusulas. Ejemplo de ello es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

Sobre lo afirmado en la cita anterior, otro autor manifestó:

“Sin embargo, la diferencia entre el párrafo 3 del artículo 19 y la cláusula 2 del artículo 81 de la CIM para la solución de controversias parece justificar la conclusión de que el artículo 11 de la CIM se aplica a todas las disposiciones de un contrato de venta, incluida una cláusula compromisoria. Que se pueda extraer una conclusión diferente sobre la base de los antecedentes históricos del artículo 11 de la CIM y de su contexto con el artículo 12 de la CIM es cuestionable, ya que no hay debate sobre ese punto en el proceso de redacción de la CIM. Más bien, la razón subyacente

¹⁹¹ Traducción libre de: “*The success of the CISG, with its presumptive application of internationally harmonized standards suggests the way forward. The many references in the Convention to provisions for dispute resolution in international sales contracts underscores the view that arbitration agreements need not be treated differently from the other provisions of international sales contracts. For example, Article 19(3) lists provisions for the settlement of disputes among those relating "to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other" as material provisions of the contract. Article 81(1) gives effect to the principle of separability, under which a dispute resolution clause survives the avoidance of the balance of the terms of the contract. The inclusion in the CISG of these references to dispute resolution clauses suggests that the other articles of the Convention, including the Article 11 provision for freedom from formality, could also apply to dispute resolution agreements, including those for arbitration*”. Walker, Janet. "Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement." *Institute of International Commercial Law, Pace Law School*, octubre 24, 2006. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/walker1.html#> (último acceso: 26 de enero de 2017).

del artículo 11 de la CIM parece respaldar la opinión de Walker de que el principio de la libertad de expresión es muy importante para los acuerdos de arbitraje".¹⁹² (El resaltado es propio).

Como se desprende, la doctrina reconoce que la Convención de 1980 no regula acuerdos de arbitraje, sino por el contrario, contratos de compraventa. A pesar de ello, los autores que se agrupan en este sector, se esfuerzan por buscar argumentos que precisamente extiendan la esfera de la aplicación de la Convención¹⁹³.

Si bien es cierto, puede que la CIM aplique a contratos arbitrales, lo cierto es que abrir este portillo desencadenaría –como bien ya se hizo– a una aplicación de esta a acuerdos de arbitraje y, posteriormente, a otro tipo de contratos ajenos a su regulación. Sin embargo, cabe aclarar que este alegato no supone la negativa de que el Convenio Internacional regule acuerdos de franquicia, como será estudiado en la última Sección del presente Capítulo.

Para retomar los lineamientos dogmáticos bajo estudio, ha continuado manifestado la doctrina:

“La CIM regula las cláusulas de arbitraje, y la intención de los redactores es también cubrirlas desde el punto de vista contractual. La CISG rige potencialmente la forma y la formación de los acuerdos arbitrales, pero al considerar esta potencial aplicabilidad, una cuestión adicional a considerar

¹⁹² Traducción libre de: “Looking at the wording of this provision, it is no be noted that that it refers to a contract of sale and not to an agreement to arbitrate. The difference in Article 19 (3) and Article 81 (2) CISG to settlement of dispute provisions, however, seems justify the conclusion that Article 11 CISG applies to all provisions in a contract of sale including an arbitration clause. Whether one can draw a different conclusion on the basis of the historic background of Article 11 CISG and its context with Article 12 CISG is questionable since there is no debate reported on that point in the drafting process of the CISG. Rather, the underlying ratio of Article 11 CISG seems to support Walker's view that the freedom of form principle does extent to arbitration agreements”. Koch, Robert. "The CISG as the Law Applicable to Arbitration Agreements?" *Institute of International Commercial Law, Pace Law School*. 2008. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch5.pdf> (último acceso: 26 de enero de 2017).

¹⁹³ “Thus, if the main contract expressly stipulates that the CISG is the law applicable to the contract; or the choice of law implies that the CISG applies directly or indirectly, then the form and formation of the arbitration agreement will also be governed by it”. Ramos Muñoz, David; Perales Viscasillas, María Pilar. "CISG & Arbitration". *Revista del Club Español del Arbitraje* 2011, issue 10 (2011): 63-84.

*es la interacción entre la CISG y la ley aplicable al acuerdo de arbitraje”.*¹⁹⁴

(El resaltado es propio).

Según la lectura de lo anterior, autores han afirmado incluso –al parecer sin sustento o prueba alguna–, que la intención de los redactores de la Convención fue integrar a las cláusulas de arbitraje a su regulación. Sin embargo, de la simple así como desde la más profunda lectura de los artículos 1º, 2º y 3º de la CIM, como de restante articulado, se obtiene otra conclusión.

A criterio de la autora de esta tesis, esta aplicación tan liberal de la Convención podría desencadenar en varias consecuencias. Primeramente, se estaría desnaturalizando por completo el sentido de la misma, el cual es regular los contratos de compraventa en un ámbito internacional. Este, se desprende no solo de su articulado, sino de los infinitos casos en los que se ha aplicado el Instrumento para la resolución de controversias relacionadas con dichas transacciones.

Lo anterior podría ser discutible, si se considera el preámbulo del instrumento convencional, el cual establece que el objetivo de crear la Convención es **suprimir los obstáculos jurídicos con los cuales tropieza el comercio internacional y promover el desarrollo del comercio internacional**. No obstante lo anterior, no se puede dejar de lado las estipulaciones expresas, las normas, los artículos de la CIM, los cuales son claros en relación con la materia que esta regula: **contratos de compraventa internacional de mercaderías**.

Asimismo, que el Preámbulo del Pacto Internacional establezca como objetivo la supresión de obstáculos jurídicos no implica que ello pueda o deba lograrse al amparo de un uso de la esfera de aplicabilidad de la Convención de 1980. Incluso, aplicarla en casos en los cuales

¹⁹⁴ Traducción libre de: “*CISG governs arbitration clauses, and the intention of the drafters was also to cover them from the standpoint of its contractual nature. CISG potentially governs the form and the formation of the arbitration agreements, but when considering this potential applicability a further issue to consider is the interplay between CISG and the law applicable to the arbitration agreement*”. Ramos, David; *et al.* *Op. cit.* Pp. 193.

no se cumplen los supuestos de aplicabilidad, sí podría genera obstáculos jurídicos y tropiezos, no solo en el comercio internacional, sino además en el marco de las transacciones privadas o públicas internas en los países.

Otra consecuencia que puede desencadenarse de una aplicación irrestricta de la CIM es la inseguridad jurídica. En el caso en que sea abiertamente aceptada esta posibilidad y los operadores del Derecho empiecen a poner en práctica la Convención sin respetar su esfera de aplicabilidad, se generaría inseguridad jurídica para los comerciantes que han celebrado contratos de un tipo, pero a quienes se les están aplicando normas de otro.

En otras palabras, dos o más personas, ya sean físicas o jurídicas, que se encuentren domiciliadas en Estados distintos y celebren un contrato de cualquier tipo, podrían verse sometidas a regulaciones de la CIM, cuando el operador compruebe que se cumplen los requisitos de aplicabilidad establecidos en el artículo 1º de la Convención, o simplemente cuando considere que ello es oportuno.

Aunque de forma preliminar, el operador del Derecho puede respetar lo regulado en el Tratado, ello no implica respeto a los demás artículos, los cuales establecen precisamente las materias en las que se excluye. Es decir, los comerciantes podrían verse obligados por normas diseñadas para otro tipo de contratos. Y lo que resulta todavía más peligroso, contratantes de otro tipo de contratos, quienes no son necesariamente mercantiles podrían también verse inmiscuidos en una situación de inseguridad como la planteada. Incluso, podría cuestionarse la validez o no de sus cláusulas de resolución de disputas, a partir de una norma confeccionada para regular lo relativo a compraventas internacionales.

Evidentemente, en los casos en donde ambas partes no estén de acuerdo con un escenario así, podrían manifestarlo de previo, al momento de pactar sus relaciones contractuales. Esto no es común, por cuanto al momento de concretar acuerdos, los contratistas no suponen la eventual aparición de disputas.

Para retomar las consecuencias sobre aplicar de forma irrestricta la Convención, cuando los operadores del Derecho busquen usarla, deberán adaptar las normas, con el fin de que puedan aplicarse al contrato base del litigio o la controversia, que **no es un contrato de compraventa internacional de mercaderías**. Ello indiscutiblemente provocaría: (i) la pérdida del sentido de la norma que fue adaptada; y (ii) la eventual errónea aplicación de un precepto del Convenio. Misma situación ocurriría, en el caso de que las partes decidan regular sus relaciones contractuales con la Convención de Viena, sin considerar las limitaciones de aplicabilidad que esta misma contiene.

De igual forma, en busca de aplicar la CIM de forma obligatoria a sus contratos que no son de compraventa, las partes podrían obtener un resultado poco deseado, el cual dificulte el cumplimiento de sus obligaciones, o incluso, la resolución de su controversia.

Si bien es cierto la Convención de 1980 posee normas flexibles y adaptables, ciertamente afirmar que esta puede regular cualquier contrato resulta un tanto atrevido. Lo anterior por cuanto no todos los casos son iguales y no en todos ellos se podrían ver beneficiadas las partes ni los ordenamientos jurídicos de los Estados.

De igual forma, ¿cuál utilidad tiene aplicar la CIM a otros tipos de contratos, si en los ordenamientos jurídicos de los Estados se pueden encontrar normas mucho más aptas para su regulación? Por ejemplo, de acuerdo con este sector de la doctrina, un operador del Derecho podría aplicar un precepto de la Convención de Viena a la resolución de un contrato laboral. Mas, en Costa Rica existe el Código Laboral, al cual se le aplica supletoriamente el Código Civil, a su vez, se le aplica en forma supletoria también los principios generales del Derecho. ¿Qué podría motivar al operador jurídico para buscar en una Convención Internacional, lo que encuentra en una norma interna?

Este mismo ejemplo puede aplicarse con contratos de tipo comercial, como por ejemplo, los de arrendamiento comercial. En este caso, a nivel nacional se cuenta con un código que regula los acuerdos comerciales que, si bien es cierto, data de 1964, lo cierto es que es la normativa vigente que posee el país, para regular contratos de esta naturaleza.

Incluso, esta situación podría desencadenar en el desuso de normas diseñadas para regular esos otros contratos que están siendo ajustados a partir de la CIM. Ello ocurriría por ejemplo en casos en donde los tribunales nacionales, ya sean judiciales o arbitrales, apliquen las disposiciones del Tratado a acuerdos de arbitraje. Quedaría en desuso la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, la cual de forma expresa, en su artículo II, regula los requisitos de validez de los acuerdos arbitrales. En resumen, no se aplicarían normas especiales, creadas para resultar las restantes figuras contractuales que no engloba la Convención.

Ahora bien, para continuar con el análisis de la presente Sección, de continuo se analizarán algunos casos en los cuales se evidencia una extensión de la esfera de aplicabilidad de la Convención. Si bien son pocos los casos que se encuentran a nivel internacional, es relevante conocerlos y estudiarlos por cuanto su número va en aumento, con el fin de determinar los argumentos o razonamientos utilizados para proceder con una extensión de tal magnitud, del ámbito de aplicación de la CIM.

El primero de los casos que se abordará en la presente sección corresponde al de CLOUT 286¹⁹⁵. Este litigio surgió entre una empresa alemana y una francesa. La primera, que era fabricante de carretillas de horquilla elevadoras¹⁹⁶, presentó una demanda donde solicitaba una sentencia declaratoria, en el sentido de que la segunda no tenía derecho a distribuir

¹⁹⁵ CLOUT 286. 23 U 3750/95 (Tribunal Supremo de Munich, Alemania 22 de setiembre de 1995) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_286_leg-1509.html (último acceso: 24 de enero de 2017).

¹⁹⁶ “*Se denominan carretillas automotoras de manutención o elevadoras, todas las máquinas que se desplazan por el suelo, de tracción motorizada, destinadas fundamentalmente a transportar, empujar, tirar o levantar cargas. Para cumplir esta función es necesaria una adecuación entre el aparejo de trabajo de la carretilla (implemento) y el tipo de carga. La carretilla elevadora es un aparato autónomo apto para llevar cargas en voladizo. Se asienta sobre dos ejes: motriz, el delantero y directriz, el trasero. Pueden ser eléctricas o con motor de combustión interna*”. Tamborero del Pino, José M. «NTP 214: Carretillas elevadoras.» *Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España.* 1988. http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/201a300/ntp_214.pdf (último acceso: 4 de enero de 2017).

dichas carretillas del fabricante en Francia. El demandante argumentó que tenía derecho a hacerlo conforme a un contrato de distribución exclusiva entre las partes.

El Tribunal dictaminó que la CIM era aplicable, pese a que en general la Convención se aplica a los contratos de compraventa y no a los de comisión. En este caso, el motivo se centraba en determinar si el fabricante estaba obligado a entregar las mercaderías al comprador. Dicha obligación no solo otorga a la otra parte el derecho a distribuir la mercadería, sino también comprende la obligatoriedad general del fabricante de suministrar la mercadería a la otra parte en determinadas condiciones. Esta obligación general de suministrar la mercadería, constituye la base de los futuros contratos de compraventa. En consecuencia, el asunto de si existe o no dicha obligación la resolvió el Tribunal conforme a lo estipulado en la Convención.

De la lectura del caso anterior se infiere, de forma preliminar, que el Tribunal tomó en cuenta los elementos del caso y determinó que había en el fondo una transacción de compraventa. Ahora bien, independientemente de si existía una transacción de compraventa o no, lo cierto es que no había un contrato marco que permitiera separar dicha transacción y aplicarle en forma individual la Convención, esto ha ocurrido en los casos que se estudiarán en la Sección siguiente. Por lo anterior, se puede considerar que el Tribunal amplió el ámbito de aplicación de la CIM y la utilizó para dirimir un caso relacionado con un acuerdo de distribución y comisión.

Ahora bien, en el siguiente caso que será analizado, si bien el Tribunal que conoció de la controversia determinó que las operaciones paralelas a la compraventa no eran esenciales, lo cierto es que sí lo eran y de hecho, en relación con ellas, se suscitó la controversia de las partes. Es así como, a pesar de lo dicho por la Autoridad, en el caso en concreto se efectuó una extensión del ámbito de aplicabilidad de la Convención.

Este es el caso CLOUT 1110¹⁹⁷, el cual se dio a conocer por cuatro autoridades diferentes: (i) el Tribunal de primera instancia; (ii) el Tribunal de apelaciones; (iii) el Tribunal de casación; y (iv) el Tribunal Supremo de Arbitraje de la Federación de Rusia. Esta controversia se suscitó entre un comprador ruso y un vendedor austriaco.

Las partes celebraron un contrato de compraventa internacional de mercaderías de equipo técnico, en donde dentro de la transacción se integraba el costo del equipo, el montaje, la puesta en marcha, las actividades de capacitación y el material. Era responsabilidad del vendedor entregar las mercaderías y la documentación técnica; mientras el comprador se comprometía a pagar las mercaderías suministradas.

El comprador reclamó una indemnización al vendedor, por cuanto consideró que este incumplió el contrato, en particular al no proporcionar la documentación técnica y no comenzar el montaje de las mercaderías suministradas dentro del plazo estipulado en el contrato. Por su parte, el vendedor alegó que no hubo acuerdo en cuanto a las partes, relativas a los trabajos contratados para el montaje y ajuste del equipo y, por tanto, solicitó la imposición de sanciones y una indemnización de daños y perjuicios en virtud de que el comprador no había pagado oportunamente las mercaderías suministradas.

El Tribunal de primera instancia estimó las pretensiones de la parte demandante; es decir, el comprador, por cuanto consideró que la demanda se justificaba. No obstante, rechazó las pretensiones de la demandada; la vendedora, pues determinó que no se justificaba la imposición de las sanciones previstas en el contrato ni otorgar una indemnización, puesto que no se presentó prueba alguna para tal efecto. El Tribunal de Apelación revocó la decisión, la cual fue a su vez confirmada por el Tribunal de Casación. La demandada, alegó una incorrecta aplicación de la CIM por parte de los tribunales, presentó una demanda ante el Tribunal Supremo de Arbitraje de la Federación de Rusia, la cual confirmó las decisiones del Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Casación por los siguientes motivos.

¹⁹⁷ CLOUT 1110. VAS-11307/09 (Sala de lo Mercantil del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, Rusia 15 de octubre de 2009) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/rus/clout_case_1110_leg-2881.html (último acceso: 24 de enero de 2017).

El criterio de este último Tribunal fue que la obligación principal del vendedor era suministrar las mercaderías y sus obligaciones relativas al montaje del equipo no eran fundamentales. Sin embargo, según los elementos del caso, sí se puede determinar que las obligaciones relacionadas con el montaje del equipo eran fundamentales. Ello por cuanto: **(i)** la inobservancia por parte del vendedor de las condiciones relativas al montaje del equipo constituía un incumplimiento esencial del contrato; **(ii)** el comprador no podía contratar a otro contratista para montar el equipo; pues en caso de hacerlo, no podía reclamar las garantías relativas al equipo, estas solo se aplican en caso de que el vendedor se encargara de su montaje; y **(iii)** la no instalación del equipo suponía que este sería inservible, por cuanto no iba a poder emplearse según el comprador quisiera.

El Tribunal, para aplicar la Convención, determinó que el no montaje del equipo comprendía un incumplimiento esencial según el artículo 25 y de conformidad con el numeral 33, el vendedor debió haber cumplido sus obligaciones, ya sea en la fecha fijada en el contrato, o bien, en un plazo razonable. Asimismo, según el contrato, el vendedor debía comenzar el montaje del equipo a más tardar catorce días a partir de la recepción del comunicado por escrito del comprador, en donde se informaba de que todo el equipo se encontraba en el almacén de este último.

Si bien, el Tribunal Supremo de Arbitraje de la Federación de Rusia en su decisión estableció, de forma preliminar, que las obligaciones del vendedor en virtud con el montaje del equipo no eran fundamentales, de la lectura de sus argumentos y razonamientos parece que sí lo eran.

Por tanto, en este caso se considera que la Autoridad que conoció del caso, hizo una aplicación extensiva del ámbito de aplicación de la CISG, pues como regla general, *“los contratos que incluyen como obligación de suministrar o de obtener mano de obra o de prestar otros servicios, junto con la obligación de entregar las mercaderías se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la CISG, si aquellas constituyen una parte principal de las obligaciones”*.¹⁹⁸ (El resaltado es propio).

¹⁹⁸ Schwenger, Ingeborg; *et al. Op. cit.* Pp. 112.

Uno de los motivos por los cuales el Tribunal pudo considerar que las obligaciones del montaje del vendedor no eran esenciales, es por el costo de la mano de obra, el cual era de aproximadamente un 1 % del total del negocio. Esto generaría que la obligatoriedad no sea sustancial desde el punto de vista de la teoría del valor económico de los materiales aportados por el comprador (criterio económico). No obstante lo anterior, desde el punto de vista de la teoría de la esencialidad de los materiales (en este caso del servicio aportado), se puede determinar que sí eran fundamentales dichas prestaciones; pues el equipo suministrado por el vendedor quedaba inservible sin su respectivo montaje. Además, este montaje solo podía efectuarlo el vendedor so pena de perderse la oportunidad de reclamar la garantía de las mercaderías.

Otro caso en el cual se procedió a aplicar la CIM en un contrato distante a una transacción de compraventa, es el CLOUT 547¹⁹⁹, resuelto por la Audiencia Provincial de Navarra. En este, se siguió la tesis doctrinal estudiada anteriormente en la presente Sección, en el sentido de que la CIM posee normas que pueden aplicarse a acuerdos arbitrales. El Tribunal indicó que la Convención dentro de su articulado contiene el principio de buena fe, por cuanto indica que un contrato debe presentar aquel contenido que las partes pudieran esperar, en virtud de la confianza razonable entre ellas.

De acuerdo con lo anterior, la Autoridad de Navarra aplicó dicho principio regulado en la Convención, para determinar que no era válida la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en un contrato de garantía celebrado por las partes. Es así como el Tribunal se apoyó en dicho precepto de la CIM, para entender que no ha existido sumisión expresa de la parte española al convenio arbitral.

En el caso bajo estudio, si bien es cierto el Tribunal no aplicó un artículo específico de la Convención, se puede concluir definitivamente que empleó sus preceptos para resolver el caso en concreto. También se utilizaron otras normas de carácter procesal para determinar

¹⁹⁹ CLOUT 547. 223/2003 (Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, España 22 de setiembre de 2003) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_547_leg-1759.html (último acceso: 24 de enero de 2017).

la procedencia o no del arbitraje, pactado en un contrato de garantía, paralelo al contrato de compraventa. Es relevante tomar en cuenta que más allá de su ámbito de aplicación y regulación, una Autoridad utilizó los preceptos que emanan de la CISG para sustentar su fallo.

Ahora bien, a la luz de este caso podría interpretarse que el Tribunal aplicó la CISG al contrato de garantía, por cuanto se encontraba inserto en el de compraventa de mercaderías, o al menos, había sido pactado en virtud de este. Es decir, se aplica al acuerdo subyacente, el Derecho que regula el acuerdo marco. A pesar de lo anterior, el Tribunal no aplicó el precepto de la Convención al pacto de garantía, sino al acuerdo arbitral que este contenía.

Si bien lo accesorio sigue a lo principal, el acuerdo de arbitraje no se reputa como un contrato subyacente del acuerdo marco, en virtud del principio de la separabilidad de la cláusula arbitral²⁰⁰.

Otro caso en donde se procedió de igual forma que en el anterior, es el de Hibro Compensatoren B.V. v. Trelleborg Industri Aktiebolag, en el que el Tribunal determinó:

“Sin embargo, hay una cuestión fundamental a decidir, y es si las partes han acordado una cláusula de arbitraje que impida a este Tribunal pronunciarse sobre la reclamación del comprador. La cuestión debe responderse sobre la base del derecho sustantivo que, de conformidad con el Derecho Internacional Privado de la Corte invocado, es aplicable al contrato. En este caso, no hay que elegir ninguna legislación nacional, ya que los Países Bajos y Suecia son ambas partes en la CIM. La CISG es aplicable. La CIM es la ley sustantiva que rige esta venta de compensadores. La aplicabilidad formal y

²⁰⁰ “Es universalmente reconocido que, cuando está instrumentalmente estipulado como una cláusula dentro de otro, ese contrato es independiente, autónomo o, más precisamente, “separable” del contrato que lo contiene. Ello porque su existencia, validez o ejecutabilidad no depende, necesariamente, de la existencia, validez o ejecutabilidad del contrato en el cual está contenido”. Caivano, Roque. "El principio de la separabilidad del convenio arbitral y la cesión del contrato que lo contiene". *Lex Arbitri, una comunidad dedicada al arbitraje*. 2014. <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/12/Separabilidad-y-cesi%C3%B3n-Lex-Arbitri-.pdf> (último acceso: 23 de enero de 2017). Pág. 2.

temporal de esta Convención está presente. La cuestión de si las partes acordaron incluir las condiciones generales del vendedor en su contrato debe ser juzgada por las disposiciones de la CIM. Para determinar si las partes habían acordado la cláusula de arbitraje en el presente caso, deben tenerse en cuenta los principios generales en los que se basa la CIM, de conformidad con el art. 7 (2) CIM²⁰¹.

Como se aprecia, en este caso sí se tomó en consideración un artículo específico para resolver parte de las controversias de las partes. Sin duda, ello supone un ensanchamiento de los preceptos del Tratado Internacional.

Por otro lado, en el caso CLOUT 556²⁰², el cual versa sobre un contrato de alquiler de equipo para esquiar, la Audiencia Provincial de Barcelona determinó que la CIM, específicamente su artículo 55, en relación con el contrato de comisión mercantil, permitía que no se determinara el precio de una transacción, por la libertad de forma y la agilidad de la contratación en el comercio internacional. En ese sentido, se indicó que aunque la citada norma no era aplicable en forma directa al caso, sí lo son los principios en que se funda, por lo cual se podía proceder a dirimir la controversia en relación con el precio del contrato.

De la lectura del caso anterior, se puede determinar válidamente que una vez más, un tribunal judicial procedió a aplicar en forma extensiva la Convención de Viena, a un contrato por completo ajeno a transacciones de compraventa.

Si se toman en consideración los casos citados en la presente Sección, se puede afirmar válidamente que existen casos donde las autoridades competentes, han recurrido a una interpretación amplia del ámbito de aplicabilidad de la Convención, con el fin de emplearla a contratos que en aplicación de la regla general, quedarían excluidos de esta.

²⁰¹ *Hibro Compensatoren B.V. v. Trelleborg Industri Aktiebolag*. Rolnummer 146453 / HA ZA 06-1789 (Corte del Distrito Rechtbank, Países Bajos 17 de enero de 2007) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070117n1.html> (último acceso: 26 de enero de 2017).

²⁰² *CLOUT 556*. 783/2003 (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, España 11 de noviembre de 2003) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_556_leg-1412.html (último acceso: 27 de enero de 2017).

Si bien es cierto, en dichos casos se ha explicado los motivos por los cuales pueden resultar aplicables dichos preceptos a la resolución de los casos específicos, por parte de los operadores jurídicos, no se establecen los motivos por los cuales decidieron aplicar extensivamente la Convención a otro tipo de contratos y las consecuencias, ya sea positivas o negativas de esto.

Asimismo, cabe indicar que no son muchos los casos que existen en este sentido. Ello pues por lo general las autoridades que conocen de los casos se limitan a respetar el ámbito de aplicación de la norma bajo estudio. Mas, el número de casos que se extralimitan del ámbito de aplicación cada día va en aumento, como bien ya se indicó.

Más allá de si existen casos o no en los cuales se haya procedido de esta forma, lo relevante es determinar los elementos del caso que permiten dilucidar si la autoridad que lo conoce procedió de forma correcta o no. Por cuanto –como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones–, cada circunstancia es un mundo de posibilidades y generalizar en situaciones como esta no resulta del todo correcto o conveniente.

En resumen, este sector innovador establece que la CIM es un compendio de principios y normas generales que puede aplicarse a contratos completamente distantes a los de compraventa, e incluso, mercantiles. Si bien esto es un esfuerzo por reconocer el éxito que ha tenido el Instrumento Convencional, lo cierto es que una interpretación de este tipo debe manejarse con sumo cuidado y de forma muy casuística, con el fin de evitar lo que no busca la Convención de 1980: entorpecer el tráfico comercial y su desarrollo.

Como bien se analizó en la presente Sección, seguir los lineamientos doctrinales estudiados, podría desencadenar en una serie de consecuencias negativas en el ámbito jurídico y comercial. Por tanto, si bien podría aplicarse la Convención a otros contratos, como el de franquicia, lo cierto es que la respuesta al problema de la presente investigación, debe ser acorde a lo que la Convención establece, al espíritu de sus normas y la intención de los redactores.

Una vez estudiado el sector liberal internacional que busca la extralimitación de la aplicabilidad de la Convención, se procederá a analizar y demostrar en cuáles procesos debe utilizarse la CIM y sus motivos.

Sección III: Escenarios en los cuales los operadores del Derecho costarricense deben aplicar la Convención de Viena a los contratos internacionales de franquicia

El objetivo del presente apartado es dar respuesta al problema jurídico planteado en la presente investigación. Para ello, se estudiarán los criterios doctrinarios y casos jurisprudenciales en donde se ha establecido que el ámbito de aplicación de la Convención no es un tema que pueda ser modificado vía doctrinal o jurisprudencial y, lo más prudente es respetar el espíritu de la norma y el motivo de su promulgación.

Se ha afirmado de forma genérica que:

“El texto de la Convención de Viena se limita a las obligaciones del vendedor y del comprador que son típicamente de un contrato de compraventa. Las disposiciones de la Convención no son aplicables, por tanto, a cláusulas adicionales que no regulan el objeto típico de un contrato de esta naturaleza”.²⁰³

Es decir, el fundamento de crear la Convención de Viena es regular la compraventa internacional de mercaderías y cualquier disposición que se aleje de un contrato de esa naturaleza, quedará irremediabilmente excluido de la normativa de la citada Convención. Incluso, se ha llegado a afirmar que no todos los contratos de compraventa son regulados por esta²⁰⁴.

²⁰³ Herdegen, Matthias. *Op. cit.* Pp. 138.

²⁰⁴ “Art. 1 is to be read in conjunction with Arts. 2-5. From a combined reading of Art. 1 with Arts. 2 and 3 it is concluded that not all sales contracts will be covered by the CISG”. Kröll, Stefan; *et al.* *Op. cit.* Pp. 115.

Ahora bien, doctrinalmente se reconoce la posibilidad de que las partes decidan si la Convención regula sus relaciones contractuales. Es así como, doctrina calificada, ha afirmado de forma vehemente que, los contratos de distribución, representación, agencia o franquicia, quedan excluidos de la aplicabilidad de la Convención, **salvo que en el contrato marco se especifiquen las obligaciones de cada una de las partes**²⁰⁵. En ese sentido, no se puede perder de vista que, la voluntad de las partes resulta uno de los elementos más importantes en transacciones entre particulares. En este sentido, se ha indicado:

“Como veremos, la interpretación de dicho precepto resulta sumamente compleja y controvertida, por lo que conviene seguir el consejo que da la mayoría de la doctrina, en el sentido de que las partes expresamente indiquen en su contrato la aplicación de la Convención”.²⁰⁶

Según lo anterior, instituciones reconocidas a nivel internacional han respaldado esta postura. Por ejemplo, la *International Chamber of Commerce*, ha establecido que en los contratos donde se encuentre una franquicia de distribución, la cual en el fondo implique una compraventa, las partes pueden decidir que todas las partes de este contrato se rijan por la CIM²⁰⁷.

A pesar de lo anterior, cabe considerar el tipo de franquicia en la cual se desee aplicar la Convención de Viena; por lo tanto, la respuesta no siempre depende de la voluntad de las partes. Como ya se analizó en el presente estudio, la voluntad de las partes no es irrestricta y posee límites claros. Por lo tanto, en una franquicia de servicios, las partes no pueden elegir a la CISG para regular sus relaciones. En cambio, si las partes se encuentran celebrando un contrato internacional de franquicia de distribución o producción, sí podrían

²⁰⁵ Schwenger, Ingeborg; *et al. Op. cit.* Pp. 112.

²⁰⁶ Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pp. 39.

²⁰⁷ “La CCI ha establecido en diversos laudos que, en tratándose de contratos internacionales de distribución (franquicia), que impliquen en el fondo una compraventa, las partes puede decidir que todas las partes del mismo se regirán por el texto uniforme del que venimos hablando (Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías)”. López, Fabián. *Op. cit.* Pág. 349-350.

hacerlo²⁰⁸. Esta afirmación se debería a que los contratos de franquicia de servicios por lo general no suponen transacciones relacionadas con bienes o mercaderías, como sí lo hacen los de distribución o producción.

Por otra parte, los contratantes de un acuerdo de naturaleza mercantil, por lo general son comerciantes y no siempre poseen conocimientos jurídicos o asesoría de este tipo. Por lo tanto, es difícil –más no imposible–, encontrar situaciones en donde las partes establezcan expresamente que no desean que la Convención de 1980 regule sus relaciones, o por el contrario, que sí lo desean.

Se partirá del supuesto de que las partes sí decidieron establecer el marco legal de sus relaciones contractuales, cabe tomar en cuenta que la CIM es una convención y, al menos en el sistema jurídico costarricense, posee cierta preferencia en relación con el Derecho nacional. Es así como, en el caso de que Costa Rica apruebe el Proyecto de Ley N° 18121 y alguna parte se encuentre domiciliada en este país, las disposiciones de la CISG se aplicarían antes que cualquier norma “doméstica”. Algunas instituciones expertas en la materia han indicado que ello resultaría de forma inmediata, “*a menos que se excluya expresamente por las cláusulas del contrato*”,²⁰⁹.

Ahora bien, otra alternativa que tienen las partes es que, por medio de incorporaciones por referencia, incluyan las normas o disposiciones de la CISG a su contrato de franquicia, que posee relación con la venta de bienes. Otra posibilidad sería establecer que aplica de forma exclusiva a la transacción de compraventa y se efectúa una separación entonces entre el contrato internacional de franquicia, que sería el contrato principal y el contrato de compraventa, que sería subyacente o accesorio.

²⁰⁸ “*Así las cosas, la respuesta no puede ser unívoca, pues ello depende del tipo de franquicia; si esta es de servicios, las partes no pueden elegir la Convención de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías por las razones anotadas; si por el contrario, la franquicia es de producción o de distribución las partes pueden elegir como aplicable a su relación las disposiciones de este convenio internacional*”. López, Fabián. *Op. cit.* Pág. 191.

²⁰⁹ Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado. *Op. cit.* Pp. 28.

En estos casos en realidad no hay una aplicación de la Convención de 1980 a contratos de franquicia, sino que, por medio del acuerdo de las partes (o por decisión de los árbitros o los jueces, como se verá más adelante), resuelven delimitar sus obligaciones según la transacción, lo cual permite precisamente aplicar el Instrumento Convencional a unas y a otras no.

En el caso donde las partes deseen que toda su relación contractual, lo cual incluye el contrato principal (franquicia internacional), sea regulada por las disposiciones de la Convención de Viena, podría establecerse una cláusula donde se indique que la interpretación de su contrato debe estar de acuerdo con los Principios Unidroit, estudiados en el Capítulo anterior²¹⁰.

De otra forma, bajo la circunstancia que el contrato de las partes sea omiso en este punto en concreto, se debe seguir la regla general que posee la Convención de 1980 en su articulado. Esta establece que el instrumento convencional no resultará aplicable en los casos donde *“el vendedor proporciona una pequeña cantidad de los materiales que sean accesorios o materiales de poco valor, o a contrario, cuando es el comprador quien proporciona una parte sustancial de los materiales²¹¹ necesarios”²¹²*. Al utilizar los Principios UNIDROIT, se estaría respetando el ámbito de aplicabilidad de la Convención y se dotaría de herramientas jurídicas a las partes y los juzgadores, para resolver las eventuales disputas surgidas de la ejecución de un contrato como el de franquicia internacional, lo cual resulta a final de cuentas, lo más importante.

²¹⁰ *“Las partes pueden con notable razón desear ir más lejos y, en la medida en que un contrato de franquicia principal tenga que ver con la venta de bienes, tratar de incorporar por referencia las disposiciones de la CISG a pesar de que de otra forma no se aplicasen. Además, si las partes desean perseguir la alternativa de tratar que los mismos principios legales se apliquen a todos los contratos del acuerdo de franquicia principal, podrían establecer que la interpretación de las disposiciones de su contrato habría de estar de acuerdo con los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales internacionales”*. Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado. *Op. cit.* Pp. 28.

²¹¹ *“Por materiales ha de entenderse, en primer término, los singulares componentes o elementos que proporcionan las partes para la fabricación del objeto del contrato, por lo que lógicamente las materias primas aportadas, aunque no solo ellas, formarían parte del término materiales”*. Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pág. 99.

²¹² Perales, María Pilar. *Op. cit.* Pág. 97.

En resumen, la CISG resulta aplicable a los contratos de franquicia internacional que poseen contratos de compraventa, cuando: **(i)** las partes así lo han expresado de forma manifiesta; **(ii)** el contrato de franquicia es completamente separable del contrato de compraventa; y **(iii)** cuando la norma de aplicabilidad de la Convención lo permita.

Estas opciones no son necesariamente excluyentes entre ellas. De hecho, con esta exposición no se pretende indicar que la CISG usa de forma liberal al contrato internacional de franquicia, sino que **se aplica a contratos de compraventa que se encuentran enmarcados en un contrato principal como el citado**²¹³. Contrario, es lo afirmado por el sector de la doctrina más liberal, que se analizó supra.

Ahora bien, para dar sustento a lo analizado hasta el momento en la presente Sección, se deben analizar los casos a nivel internacional. Asimismo, ello permitirá ejemplificar a los operadores del Derecho, los escenarios en los cuales deben negar la aplicación de la CISG, o por el contrario, admitirla.

El primer caso que se estudiará en esta sección trata de un litigio en donde se excluyó la aplicabilidad de la CISG y se partió de la aplicación del artículo 3º de dicho cuerpo normativo²¹⁴. Una empresa italiana y otra francesa celebraron un acuerdo, por medio del cual la empresa italiana le hizo un pedido de contenedores a la empresa francesa. Estos contenedores debían ser elaborados según las especificaciones y controles de la primera. La empresa francesa demanda a la italiana, por cuanto esta entregó el pedido pero no recibió el pago correspondiente.

Al momento de verificar la aplicación de la Convención de 1980, el Tribunal de Apelaciones determina que el contrato no es una compraventa en el sentido de la Convención. Lo anterior, por cuanto la parte que hace el pedido; es decir, la empresa

²¹³ De hecho, se establece por parte de la UNIDROIT que para que esta posibilidad ocurra, se debe recurrir precisamente a los Principios Unidroit, toda vez que la Convención está pensada solo para contratos de compraventa.

²¹⁴ *CLOUT* 157. 93-648 (1993, Francia 25 de mayo de Cour d' appel de Chambéry) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_157_leg-1358.html (último acceso: 23 de noviembre de 2016).

italiana, aporta una parte sustancial de los elementos materiales necesarios para la fabricación o producción de los contenedores, como son precisamente las especificaciones de estos.

Según lo estudiado en la Sección I del presente Capítulo, cuando una parte aporta elementos sustanciales para la producción de los bienes, la Convención sede en cuanto a su aplicabilidad. En este caso, la esencialidad se determina según la necesidad de las especificaciones del comprador, para poder producir los contenedores. Sin estas especificaciones y controles, los contenedores no habrían sido elaborados, o al menos no de la forma en que la empresa italiana lo hubiera requerido. Por ello, dichas especificaciones se vuelven esenciales y el Tribunal determina que la CISG no debe aplicarse.

Resulta relevante destacar que en este caso, el Tribunal determinó la sustancialidad de los materiales (especificaciones) a partir de la teoría de la esencialidad, pues como bien ya se indicó, sin estos, los contenedores no podrían haberse confeccionado.

En otro caso llevado en Alemania²¹⁵, la Autoridad competente determinó que la Convención de 1980 no era de aplicación en un caso entre un asegurador y un transportista. El primero demandó al segundo, por daños y perjuicios ocasionados en un accidente al momento de transportar la mercadería. En este caso, el tribunal determinó que a pesar de que en general, el instrumento convencional se aplica a mercaderías que requieren envío, el litigio versaba sobre el contrato de transporte, el cual no entra dentro del ámbito de aplicación de la CISG.

Ahora bien, en los casos en los cuales resulte aplicable la Convención de Viena y las partes no nieguen su aplicación, esta resultará aplicable, a pesar del silencio de los contratantes. En ese sentido, en un caso de 1997²¹⁶, una Corte de Suiza se enfrentó a un caso de

²¹⁵ *CLOUT* 269. I ZR 5/96 (Bundesgerichtshof, Alemania 12 de febrero de 1998) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_269_leg-1492.html (último acceso: 24 de enero de 2017).

²¹⁶ *CLOUT* 192. 11 95 123/357 (Obergericht des Kantons Luzern, Suiza 8 de enero de 1997) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_192_leg-1081.html (último acceso: 23 de enero de 2017).

incumplimiento en un contrato de suministro. Un vendedor italiano suministraba equipo médico a un comprador suizo. El comprador suizo revendió los materiales, pero estos no fueron aceptados por una supuesta falta de conformidad. En virtud de lo anterior, la empresa suiza se negó a cancelar el monto correspondiente a la empresa italiana, la cual luego la demandó por incumplimiento contractual. En apelación, el Tribunal confirmó la decisión del *a quo* quien determinó que la empresa suiza debía pagar a la italiana.

En cuanto a la aplicación de la CISG, el Tribunal determinó que esta si resultaba de aplicación, por cuanto las partes no la habían excluido al no decidir someter su relación a un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, el Tribunal entendió que el silencio de las partes en cuanto a la normativa que les aplicaría a su contrato, le permitía aplicar la Convención. De igual forma, estableció el Tribunal que la CIM se excluiría si “*en el caso revestían principal importancia elementos diferentes de los relacionados con el contrato de venta*”²¹⁷, lo cual no ocurrió. Por último, estableció que “*una venta aislada de mercaderías de conformidad, por ejemplo, con un contrato de franquicia o de distribución exclusiva se regiría por la CIM*”²¹⁸.

Como se puede observar en el caso anterior, de cierta forma el Tribunal se apegó a lo estipulado en la Convención en cuanto a los supuestos de aplicabilidad. La Autoridad la aplicó a un caso en donde efectivamente había una transacción de compraventa. A pesar de ello, desde temprano tiempo estableció la posibilidad de emplear la norma cuando el contrato o la transacción de compraventa se hallaba inserta en el marco de otro contrato distinto.

En un sentido similar, la Corte de Casación de Italia, en el caso de *Imperial Bathroom Company* contra *Sanitari Pozzi S.p.A*²¹⁹, determinó que la CIM podría aplicarse a cláusulas accesorias a un acuerdo de venta. En dicha oportunidad, la Autoridad Judicial estableció

²¹⁷ *CLOUT 192. Op. cit.*, Pp. 216.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *CLOUT 379. Imperial Bathroom Company v. Sanitari Pozzi s.p.a.* (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Italia 14 de diciembre de 1999) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_379_leg-1603.html (último acceso: 23 de enero de 2017).

que la Convención podría aplicarse no solamente a las ventas, sino también a los acuerdos de distribución, siempre y cuando se cumpliera la regla antes dicha; es decir, siempre y cuando la cláusula a la que se le aplique el instrumento convencional pueda separarse del contrato que la contiene.

En este caso en específico, se aplicó el artículo 57, inciso 1) sub-inciso a) de la CISG, según el cual el precio de la transacción debe pagarse en el establecimiento del vendedor. Es así como, en el marco de un contrato de distribución, se obligó a la empresa inglesa a pagar a la italiana en su domicilio u establecimiento.

En una misma línea, un tribunal unipersonal de la Cámara de Comercio de Serbia, quien tuvo que resolver un arbitraje entre una empresa serbia y una albanesa, determinó que a pesar de que la Convención no regula los acuerdos de distribución, resulta aplicable en las operaciones individuales celebradas en el marco de un acuerdo global²²⁰.

Otro caso que sigue la misma línea es el CLOUT 325, en donde el Tribunal de Comercio de Zurich determinó que los contratos de distribución se configuraban como contratos marco, los cuales entraban en el ámbito de aplicabilidad de la Convención de Viena.

De igual forma, en esa ocasión, la Autoridad Judicial determinó que dicha normativa sería excluida bajo el único supuesto de que el comprador hubiera suministrado materiales necesarios para la producción de las mercaderías con un valor superior al de los materiales suministrados por el vendedor (artículo 3° de la CIM).

En un mismo sentido, se puede verificar el CLOUT 295²²¹, el cual trataba de acuerdo celebrado entre una empresa italiana y una alemana, de distribución y compraventa de patines en línea. En esa ocasión, el Tribunal reafirmó que cada uno de los contratos de

²²⁰ *CLOUT 1012*. Abener Energía, S.A. v. Sunopta Inc. (Corte Suprema de Justicia de Ontario, Estados Unidos de América 15 de junio de 2009) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/can/clout_case_1012_leg-2761.html (último acceso: 23 de enero de 2017).

²²¹ *CLOUT 295*. 11 U 41/97 (Oberlandesgericht Hamm, Alemania 5 de noviembre de 1997) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_295_leg-1518.html (último acceso: 1 de enero de 2017).

compraventa celebrados por las partes podía individualizarse y tratarse de forma separada, y, en virtud de ello, aplicar la Convención de 1980.

Como se puede apreciar, los contratos de distribución son entendidos a nivel jurisprudencial como contratos marco y, dentro de ellos, las transacciones de compraventa las regula la CISG. No es tan relevante el contrato marco que integre la transacción de compraventa, sino esta en sí misma. Evidentemente, en el tanto el contrato principal afecte al de compraventa subyacente, sí será de relevancia su estudio, pero en el tanto se puedan separar e individualizar, entonces los elementos de la compraventa resultarán relevantes.

En el caso CLOUT 1109²²², el cual fue resuelto por la Sala de lo Mercantil del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia en el 2009, se dio una situación diferente. Por no notificarse la resolución de todo el contrato que celebraron las partes, el cual contenía elementos de tres tipos de contratos, dos de ellos no regulados por la CIM, el Tribunal negó la indemnización a la parte accionante.

En este litigio, un comprador ruso presentó una demanda contra un vendedor checo, donde reclamaba la restitución del precio pagado por un equipo técnico de calidad inferior que había sido suministrado en virtud de un contrato celebrado entre las dos partes. Dentro de las obligaciones de la empresa checa se encontraba la venta del equipo, el embalaje, el marcado y la instalación de este, así como la capacitación del personal del comprador. En la etapa de instalación quedaron vicios ocultos; por lo tanto, el comprador solicitó la devolución de la suma pagada por las piezas defectuosa, y que estas fueran retiradas.

El demandante presentó su pretensión ante varios tribunales inferiores, los cuales negaron el pago de la indemnización. Al tiempo que alegaba una mala aplicación de la CIM, el accionante solicitó al Tribunal Supremo conocer del asunto, el cual también desestimó la pretensión.

²²² CLOUT 1109. VAS-13520/09 (Sala de lo Mercantil del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, Rusia 16 de diciembre de 2009) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/rus/clout_case_1109_leg-2880.html (último acceso: 23 de enero de 2017).

La Autoridad Judicial decidió resolver el litigio de esa forma, por cuanto consideró que las partes habían celebrado un contrato mixto, el cual combinaba elementos de varios tipos de contratos, como lo son el de suministro de mercaderías, suministro de mano de obra y prestación de servicios de pago. Es así como, en aplicación del artículo 3° de la CISG, se consideró que la obligación principal de la empresa checa era la de suministrar el equipo y, en teoría, procedería la aplicabilidad de la Convención. Sin embargo lo anterior, no se logró demostrar que el demandante, mediante comunicación, hubiera notificado al demandado de la resolución del contrato en su totalidad. Por el contrario, la empresa rusa solo había resuelto el contrato respecto de determinadas piezas del equipo; por lo tanto, su demanda de restitución del precio de todo el equipo resultaría contraria a las disposiciones de la CIM y, por ello, la indemnización no fue otorgada.

Por último y en virtud con la afirmación del sector dogmático estudiado en la Sección anterior de que la CIM puede aplicarse a los acuerdos arbitrales, un Tribunal estimó:

*“La CIM proporciona la ley de venta sustantiva para los contratos de venta internacional de bienes, en la medida en que contenga disposiciones para resolverlos (párrafo 2 del artículo 7 de la CIM). Las reglas de la Convención prevalecen sobre la ley nacional [...]. Sin embargo, **la propia Convención no regula las cuestiones de procedimiento** y, en consecuencia, **la CIM no prevé la jurisdicción** [...]. La competencia del tribunal competente se determinará de acuerdo con las normas de derecho internacional privado del Estado del foro”.*²²³ (El resaltado es propio).

²²³ Traducción libre de: “*The CISG provides the substantive sales law for contracts for the international sale of goods, insofar as it contains provisions settling such matters (CISG Art. 7(2)). The rules of the Convention supersede the national law [...]. However, the Convention itself does not regulate procedural matters and, consequently, the CISG does not provide for jurisdiction [...]. The jurisdiction of the competent court is to be determined according to the rules of private international law of the forum State*”. *Gutta-Werke AG v. Dörken-Gutta Pol. and Ewald Dörken AG*. 4C.100/2000/rnd (Corte Suprema Federal de Suiza, Suiza 11 de julio de 2000) <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=627> (último acceso: 25 de enero de 2017).

Como se desprende de la lectura del caso anterior, la aplicabilidad de la Convención de Viena a los acuerdos de arbitraje, resulta completamente improcedente. Lo anterior se deriva del estudio y la lectura de la Convención. Este Tratado no regula aspectos procedimentales y aunque existen diferentes doctrinas sobre si una cláusula arbitral es o no una simple norma de procedimiento, lo cierto es que la CIM no fue diseñada para regular sus disposiciones.

De acuerdo con los casos citados, en general existe cierta uniformidad en el tratamiento de la aplicabilidad de la Convención en el caso de un contrato marco y, más específicamente, cuando este se trata de un contrato de distribución. Se debe recordar que en los contratos de franquicia hay varios tipos de modalidades, y la franquicia de distribución es una de ellas. Por ello, estos criterios resultan de importancia con el fin de determinar la respuesta al problema planteado en esta investigación.

Dejar de aplicar la Convención a un arreglo de compraventa cumplidos los requisitos del artículo 1° de dicho cuerpo, sería dejar de lado un compendio de normas tan uniforme a nivel internacional, como tan flexible. Indudablemente, si las partes eligen la Convención, o si esta termina siendo de aplicación por las normas de conflicto de leyes o por los Estados involucrados, el juez o el árbitro que conozca del caso deberá aplicar la Convención.

Ahora, puede que aunque la CIM resulte de aplicación en su sentido formal, no lo sea por un tema de fondo y la particularidad de la transacción celebrada por las partes. Es ahí cuando el operador del derecho debe decidir si utiliza determinada norma, o si revuelve de conformidad con otras reglas. Asimismo, puede ocurrir que en apariencia el contrato base del litigio no sea un contrato de compraventa, pero sus elementos característicos conlleven al juez o árbitro a determinar que sí procede la aplicación de la CIM.

Al menos en los casos citados en la presente Sección, todos las Autoridades tomaron en consideración –no solo la intención de las partes–, sino también los Estados involucrados, así como las normas de conflicto de leyes. De igual manera, consideraron los tipos de contrato involucrados en el caso y sus respectivas particularidades. Por último, y lo más relevante, respetaron el marco de aplicación que la misma CISG determina y, a pesar de

que en los casos existían otros contratos que incluso contenían a las compraventas, ningún caso supuso la violación de lo determinado en las normas del instrumento convencional. Es decir, hubo cierta amplitud y extensión en la aplicabilidad de la Convención, pero ello no supuso modificar deliberadamente los artículos 1º, 2º, y 3º de esta.

Ahora bien, sobre la interrogante de la presente investigación y en aplicación de lo analizado en el presente apartado, se puede afirmar que la Convención de Viena puede aplicarse a la resolución de contratos internacionales de franquicia, siempre y cuando se respete el ámbito de aplicabilidad de esta.

Es así como, cuando un acuerdo internacional de franquicia se configura como un contrato marco, y en su ejecución se pactan o ejecutan transacciones de compraventa, la Convención puede aplicarse precisamente a dichas transacciones. Estas deben poderse separar por completo del acuerdo marco que las contiene, con el fin de no tergiversar o modificar la esfera de aplicación de la CIM.

A pesar de lo anterior, en el caso que exista un contrato marco de franquicia internacional con una compraventa y se configuren los supuestos del artículo 3º de la Convención de Viena, no podría entonces aplicarse este Instrumento Convencional a la resolución del caso, por cuanto a pesar de la existencia de un contrato marco y una transacción de compraventa separable, se estaría en presencia de un posible acuerdo de obra o servicios.

Es así como, en las franquicias internacionales de servicios o producción, *prima facie* se debe negar la aplicación de la Convención, en virtud de lo regulado por el artículo citado anteriormente. Salvo que en ellas se configure algún contrato de compraventa, el cual cumpla con lo regulado en esta y sus obligaciones sean delimitadas.

En resumen, la aplicación de la Convención de Viena de 1980 a los contratos internacionales de franquicia resulta posible, pero depende de las particularidades de cada caso. Como regla general, siempre que se respete el ámbito de aplicabilidad de la

Convención y exista una transacción de compraventa, será procedente su utilización para resolver controversias entre las partes.

Conclusiones del Capítulo

De la confección del presente Capítulo, se han obtenido las conclusiones que seguidamente se detallan:

- El artículo 3º de la Convención de Viena se integra dentro de los numerales que regulan su ámbito de aplicación. En este se establece que, será una compraventa aquel contrato de suministro de mercaderías que hayan de ser fabricadas, a menos que la compradora suministre una parte sustancial de los materiales. De igual forma, indica que la Convención no aplicará cuando la parte sustancial sea mano de obra o la prestación de servicios.
- A nivel internacional existen tres criterios para determinar la sustancialidad de las mercaderías aportadas por el comprador, cuales son: **(i)** el criterio económico; **(ii)** el criterio de la esencialidad; y **(iii)** el criterio cuantitativo. El primero de ellos toma en cuenta el valor monetario de los materiales; el segundo parte de la principalidad de estos, es decir, de su relevancia en relación con el producto final; y el tercero se basa en la cantidad o volumen de lo aportado.
- A nivel internacional, existe doctrina y jurisprudencia que afirma que la Convención de Viena puede ser aplicada irrestrictamente a contratos distintos a los de compraventa. Ello, por cuanto el instrumento convencional es lo suficiente flexible y exitoso para integrar omisiones de códigos domésticos, configurarse como un compendio de principios, e incluso, regular transacciones que no sean de naturaleza civil o comercial.
- A pesar de la existencia de estos criterios, una aplicación tan liberal de la Convención podría desencadenar en consecuencias contraproducentes, entre ellas: **(i)** desnaturalización del Tratado Internacional; **(ii)** modificación del sentido de las normas que contiene; **(iii)** inseguridad jurídica para los contratantes de otros tipos de contratos ajenos a los regulados por la Convención; **(iv)** fallos contradictorios distantes a los objetivos de unificación del Derecho; entre otras.

- La CISG puede aplicarse a contratos internacionales de franquicia, siempre y cuando:
(i) estos sean contratos marco; (ii) exista una transacción de compraventa internacional de mercaderías que sea completamente separable del acuerdo marco que la contiene; y (iii) no se configure ningún supuesto de inaplicabilidad regulado en el artículo 3º de la CIM.
- En estos casos, no se estaría efectuando una aplicación extensiva de la Convención de 1980, sino que se estaría adecuando su aplicabilidad a las transacciones de compraventa internacionales, efectuadas en la base de otros acuerdos.
- No se puede determinar una regla estricta o específica de la aplicación de la CISG, por cuanto los casos prácticos poseen particularidades que los hacen únicos. En virtud de ello, los operadores jurídicos –al momento de enfrentarse con la interrogante de si aplican o no la Convención–, deben prestar atención precisamente a esas particularidades y los detalles, los cuales los conllevarán a la mejor solución del caso.

Una vez finalizada la presente investigación y dado respuesta al problema jurídico planteado en el presente estudio, se procederán a enlistar las conclusiones generales a las que se han arribado.

CONCLUSIONES GENERALES

De la elaboración del presente estudio, se han obtenido las siguientes conclusiones generales:

- El contrato de franquicia es un acuerdo por medio del cual, el franquiciante cede al franquiciado, su *know how* y demás elementos que conforman su modelo de negocio exitoso. Para ejecutar este acuerdo, los contratantes celebran acuerdos paralelos, los cuales se integran dentro del contrato marco. Asimismo, estos contratos subyacentes dependen o varían según el tipo de franquicia que celebren las partes.
- Entre los tipos de franquicia están: los de distribución, producción o fabricación, servicios y máster franquicia. Los primeros tres tipos se relacionan con las funciones que tendrá que desenvolver el franquiciado, y la cuarta, con un modelo para agrupar u organizar la red de franquicia.
- Los acuerdos de franquicia son consensuales, atípicos, bilaterales, de ejecución o tracto sucesivo, de cooperación y colaboración y también son principales. Además, en ellos se encuentra el elemento *intuitio personae*.
- En el marco de la Convención de Viena, una compraventa será todo aquel acuerdo de suministro de mercaderías que hayan de ser fabricadas, a menos que la compradora suministre una parte sustancial de los materiales. En este escenario, la CIM no resulta aplicable, así como cuando la parte sustancial sea mano de obra o la prestación de servicios.
- Los criterios más reconocidos a nivel internacional para determinar la sustancialidad de las mercaderías son: **(i)** el criterio económico; **(ii)** el criterio de la esencialidad; y **(iii)** el criterio cuantitativo. El primero de ellos toma en consideración el valor monetario de los materiales; el segundo parte de la principalidad de estos; es decir, de su relevancia en virtud con el producto final; y el tercero, se basa en la cantidad o volumen de lo aportado.
- A pesar de la existencia de estos criterios doctrinales y jurisprudenciales que afirma que la Convención de Viena puede ser aplicada irrestrictamente a contratos distintos a los de compraventa, una aplicabilidad tan liberal de la Convención podría desencadenar en consecuencias contraproducentes, entre ellas: **(i)** desnaturalización del Tratado

Internacional; **(ii)** modificación del sentido de las normas que contiene; **(iii)** inseguridad jurídica para los contratantes de otros tipos de contratos ajenos a los regulados por la Convención; **(iv)** fallos contradictorios distantes a los objetivos de unificación del Derecho; **(v)** inaplicabilidad o desuso de normas que son especiales y sí resultan según su articulado, aplicable a esas otras transacciones, entre otras.

- La CISG puede aplicarse a contratos internacionales de franquicia, siempre y cuando: **(i)** estos sean contratos marco; **(ii)** exista una transacción de compraventa internacional de mercaderías que sea completamente separable del acuerdo marco que la contiene; y **(iii)** no se configure ningún supuesto de inaplicación regulado en el artículo 3° de la CIM.
- En los casos en donde resulte improcedente aplicar la Convención de 1980 a los contratos internacionales de franquicia por sus particularidades, la *lex mercatoria*, los Principios UNIDROIT y los Principios Generales del Derecho pueden utilizarse en su sustitución. Por cuanto estas normas integradoras contienen en general, disposiciones flexibles que pueden acoplarse con cualquier ordenamiento y tradición jurídica.
- Aplicar la Convención a contratos internacionales de franquicia es el resultado de un ejercicio de adecuación de sus normas de aplicabilidad a transacciones de compraventa internacionales, efectuadas en la base de otros acuerdos.
- Resulta imposible establecer una regla estricta o específica de la aplicación de la CISG, por cuanto los procesos poseen particularidades que los hacen únicos. A partir de lo anterior, los operadores jurídicos al momento de enfrentarse con la interrogante de si aplican o no la Convención, deben atender precisamente a esas particularidades y los detalles, los cuales los conllevarán a la mejor solución del caso.
- En el momento que Costa Rica se vuelva un Estado Contratante de la Convención, los operadores del Derecho deberán enfrentarse a disyuntivas sobre si aplican o no el instrumento, el cual no sufrió ninguna modificación en el torrente legislativo. Se recomienda entonces seguir los lineamientos establecidos en la presente investigación, los cuales confirman la hipótesis planteada en el inicio de su elaboración.
- Desde el punto de vista teórico, cuando la Convención entre al ordenamiento jurídico costarricense, los contratos internacionales de franquicia firmados en fecha anterior, no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la CISG. Ello, por cuanto ninguna norma

posee efectos retroactivos, salvo que ello sea así expresado. No obstante, en los casos en los que las partes deseen que dicho instrumento convencional regule sus relaciones, partiendo del Principio de Autonomía, ello será completamente válido, siempre y cuando se respeten las normas generales planteadas en el presente estudio.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Alba Aldave, María Cristina. *Franquicias: Una perspectiva mundial*. Primera. Coyoacán, México: Fondo Editorial FCA, 2005.
- Alonso, Mariano. *50 claves para franquiciar: Multiplica el éxito de tu negocio*. LID Editorial Empresarial, 2016.
- Bermúdez González, Guillermo. *La Franquicia: Elementos, relaciones y estrategias*. Madrid, España: ESIC, 2002.
- Burruezo García, Juan Carlos. *Gestión moderna del comercio minorista: el enfoque práctico de las tiendas de éxito*. Segunda. Madrid, España: ESIC Editorial, 2003.
- Campuzano Díaz, Beatriz. *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*. Sevilla, España: Universidad de Sevilla, 2000.
- Cristóbal Carle, Gregorio. *Internacionalización, mercados y empresa*. Primera. Madrid, España: ESIC Editorial, 2014.
- Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de contratación empresarial*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA, 1993.
- Gómez Cáceres, Diego; Cristóbal Carle, Gregorio. *Los contratos en el marketing internacional*. Madrid, España: ESIC Editorial, 2004.
- Herdegen, Matthias. *Derecho Económico Internacional*. Traducido por Katia Fach Gómez y et al. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2012.

- Insignares Cera, Silvana (editora). *Contrato de Franquicia Internacional en el marco del TLC Colombia-USA. Perspectivas jurídicas y económicas*. Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte, 2015.
- Jerez Riesco, José Luis. *Comercio Internacional*. Tercera. Madrid, España: ESIC Editorial, 2007.
- Kiser Rodríguez, Luis. *Franquicias. La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada*. Perú: Nathan Associates Inc., 2009.
- Kröll, Stefan; Mistelis, Loukas; Perales Viscasillas, María Pilar. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Munich, Alemania: Beck, 2011.
- Lamas Pombo, Eugenio. *Estudio de Derecho de Obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Vol. II. España: Wolters Kluwer, 2006.
- Larroumet, Christian; Álvarez Londoño, Luis Fernando; Araújo Segovia, Ramiro; et all. *Compraventa internacional de mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2003.
- Lázaro Sánchez, Emilio J. «El Contrato de Franquicia (aspectos básicos).» *Anales del Derecho*. (Universidad de Murcia) 18 (2000): 91-116.
- Levy-Dabbah, Simón. *Globalización Económica. Cómo manejar con éxito los negocios entre México y Sudamérica*. Primera. México: Ediciones Fiscales ISEF, 2003.
- Llopis Sancho, Emilio. *Crear la Marca Global. Modelo práctico de creación e internacionalización de marcas*. Primera. Madrid, España: ESIC Editorial, 2015.

- Luna Oropez, Elliot. *La empresa como ser humano*. Primera. Estado de México, México: Innovación Editorial Lagares de México, 2013.
- Maldonado Calderón, Sonia. *Contrato de Franchising*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- Marzorati, Osvaldo J. *Franchising*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2001
- Ortega Giménez, Alfonso. *Guía práctica de contratación internacional*. Tercera. Madrid, España: ESIC Editorial, 2014.
- Peña Nossa, Lisandro. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Quinta Edición. Bogotá, Colombia: ECOE Ediciones, 2014.
- Perales Viscasillas, María Pilar. *Derecho Comercial Internacional (Tomo I)*. Colombia: Temis, 2014.
- Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid, España: Dykinson, 1998.
- Rodríguez Fernández, Maximiliano. «Reconocimiento de la lex mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional.» *Revista e-mercatoria* (Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Comercial) 11 (2012).
- Rodríguez Olmos, Javier Mauricio (Compilador). *Principios UNIDROIT. Estudios en torno a una nueva Lingua Franca* . Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Sainz de Vicuña Ancín, José María. *La distribución comercial: opciones estratégicas*. Segunda. Madrid, España: ESIC Editorial, 2001.

- Sánquiz Palencia, Shirley. *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 2005.
- Schwenger, Ingeborg; Muñoz, Edgardo. *Schlechtriem & Schwenger: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Tomo I)*. Primera. España: Editorial Aranzadi, 2011.
- Vaquer Aloy, Antoni; Bosch Capdevila, Esteve; Sánchez González, María Paz. *Derecho europeo de los contratos.: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. España: Atelier, 2012.
- Vela, Luis. *El Derecho Natural en Giorgio Del Vecchio*. Roma, España: Libreria editrice Dell' Universita' Gregoriana, 1965.

Revistas

- Castro Montero, Karen. «Las nuevas fuentes de la lex mercatoria.» *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, nº 105 (2012): 154-181.
- Madrigal Salazar, María del Rocío. «El Contrato de Franquicia.» *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, nº 93 (2009).
- Ramos Muñoz, David; Perales Viscasillas, María Pilar. "CISG & Arbitration." *Revista del Club Español del Arbitraje* 2011, issue 10 (2011): 63-84.

Libros, artículos, revistas o documentos electrónicos

- Albán, Jorge Oviedo. «La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías. Antecedentes y desarrollos alternativos.» *Pace Law School Institute of International Commercial Law (IICL)*. 2011.

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.pdf> (último acceso: 17 de febrero de 2016).

- Caivano, Roque. «El principio de la separabilidad del convenio arbitral y la cesión del contrato que lo contiene.» *Lex Arbitri, una comunidad dedicada al arbitraje*. 2014. <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/12/Separabilidad-y-cesi%C3%B3n-Lex-Arbitri-.pdf> (último acceso: 23 de enero de 2017).
- Cámara Castellón. «Dossier Informativo 18. La Franquicia.» *Scuola di Lingue e Letterature Straniere, 1596 Università Degli Studi di Urbino Carlo Bo*. 2001. http://www.lingue.uniurb.it/matdid/dipierro/2012-13/B2_la_franquicia.pdf (último acceso: 21 de enero de 2017).
- Carrasco, Pablo. «El contrato de franquicia en Ecuador, aspectos jurídicos y económicos.» *Tesis para optar por el grado de Doctorado en Derecho. Universidad Internacional SEK*. 2005. <http://repositorio.uisek.edu.ec/jspui/handle/1234> (último acceso: 18 de julio de 2016).
- Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil. «Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.» *ODS - Sédoc*. 2004. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/547/22/PDF/V0454722.pdf?OpenElement> (último acceso: 5 de setiembre de 2016).
- Consejo Asesor de la CISG. «Opinión número 4 del Consejo Asesor de la CISG. Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CISG).» *CISG Advisory Council (CISG-AC)*. 24 de octubre de 2004. http://cisgac.com/file/repository/Spanish_opinion4.pdf (último acceso: 23 de enero de 2017).

- Devia Neira, Camilo; Donosso Leal, Donny; Anderson Rojas Mosquera, Israel. «Estudio Doctrinario y Legislativo del Contrato de Franquicia.» *Monografía de grado para optar por el título de abogado. Universidad de la Sabana.* <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5442/129312.pdf?sequence=1> (último acceso: 10 de enero de 2016).
- González Martínez, José Antonio. «El contrato de franquicia internacional.» *Difusión Jurídica Bolivia.* <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro115/lib115-4.pdf> (último acceso: 21 de enero de 2017).
- Grande, Silvana. «La Lex Mercatoria en los Laudos de la Cámara de Comercio Internacional.» *Universidad de la Sabana.* 2008. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2975902.pdf> (último acceso: 5 de setiembre de 2016).
- Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado. «Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional.» 2005. <http://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf> (último acceso: 18 de julio de 2016).
- Jiménez Mariscal, Salvador. «El Contrato de Franquicia. Como negociar los contratos de Franquicia.» *V Jornadas de Distribución Comercial y Comercio Interior. Universidad de Castilla – La Mancha.* 1998. Disponible en: <http://www.mmlegal.es/pdf-franquicias/contrato.pdf> (último acceso: 21 de enero de 2017).
- Koch, Robert. "The CISG as the Law Applicable to Arbitration Agreements?" *Institute of International Commercial Law, Pace Law School.* 2008. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch5.pdf> (último acceso: 26 de enero de 2017).

- Loaiza, Lina María. «Panorama del Contrato de Franquicia en Colombia: Entre las estipulaciones contractuales, el Código de Ética y la norma técnica.» *Proyecto de Grado, Universidad ICESI.* 2012. https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/77604/1/contrato_franquicia_colombia.pdf (último acceso: 21 de enero de 2017).
- Ortega Giménez, Alfonso. «El Contrato de Franquicia Internacional.» *Revista vLex Internacional, n° 4.* enero de 2009. http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search/*/franquicia/WW/vid/56289569 (último acceso: 21 de enero de 2017).
- Perales Viscasillas, María Pilar. «El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención De Viena De 1980).» *Pace Law School Pace University.* 2001. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#cii> (último acceso: 31 de enero de 2016).
- Perales Viscasillas, María Pilar. «Los principios UNIDROIT y CISG: Su mutua interacción.» *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.* <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/138/12.pdf> (último acceso: 17 de febrero de 2016).
- Suprun, Daria. «Contratos Internacionales de Franquicia.» *Trabajo fin de máster, Universidad Complutense de Madrid.* 2013. http://eprints.sim.ucm.es/22754/1/TFM_Suprun_Daria..pdf (último acceso: 18 de julio de 2016).
- Tamborero del Pino, José M. «NTP 214: Carretillas elevadoras.» *Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España.* 1988.

http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/201a300/ntp_214.pdf (último acceso: 4 de enero de 2017).

- Walker, Janet. "Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement." *Institute of International Commercial Law, Pace Law School*. octubre 24, 2006. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/walker1.html#* (último acceso: 26 de enero de 2017).

Jurisprudencia

- *CLOUT 157*. 93-648 (1993, Francia 25 de mayo de Cour d' appel de Chambéry) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_157_leg-1358.html (último acceso: 23 de noviembre de 2016).
- *CLOUT 176*. 10 Ob 518/95 (Tribunal Supremo de Austria, Austria 2 de febrero de 1995) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V97/274/87/PDF/V9727487.pdf?OpenElement> (último acceso: 20 de enero de 2016).
- *CLOUT 192*. 11 95 123/357 (Obergericht des Kantons Luzern, Suiza 8 de enero de 1997) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_192_leg-1081.html (último acceso: 23 de enero de 2017).
- *CLOUT 262*. OKZ 93-1 (Kanton St. Gallen, Gerichtskommission Oberrheintal, Suiza 30 de junio de 1995) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_262_leg-1485.html (último acceso: 20 de enero de 2017).

- *CLOUT 269*. I ZR 5/96 (Bundesgerichtshof, Alemania 12 de febrero de 1998) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_269_leg-1492.html (último acceso: 24 de enero de 2017).
- *CLOUT 274*. 9 U 87/98 (Oberlandesgericht Celle, Alemania 11 de noviembre de 1998) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_274_leg-1497.html (último acceso: 20 de enero de 2017).
- *CLOUT 286*. 23 U 3750/95 (Tribunal Supremo de Munich, Alemania 22 de setiembre de 1995) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_286_leg-1509.html (último acceso: 24 de enero de 2017).
- *CLOUT 295*. 11 U 41/97 (Oberlandesgericht Hamm, Alemania 5 de noviembre de 1997) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_295_leg-1518.html (último acceso: 1 de enero de 2017).
- *CLOUT 300*. 7565 (Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1º de enero de 1994) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/oth/clout_case_300_leg-1523.html (último acceso: 20 de enero de 2017).
- *CLOUT 379*. Imperial Bathroom Company v. Sanitari Pozzi s.p.a. (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Italia 14 de diciembre de 1999) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_379_leg-1603.html (último acceso: 23 de enero de 2017).
- *CLOUT 547*. 223/2003 (Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, España 22 de setiembre de 2003) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_547_leg-1759.html (último acceso: 24 de enero de 2017).

- *CLOUT 556*. 783/2003 (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, España 11 de noviembre de 2003) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_556_leg-1412.html (último acceso: 27 de enero de 2017).
- *CLOUT 1012*. Abener Energia, S.A. v. Sunopta Inc. (Corte Suprema de Justicia de Ontario, Estados Unidos de América 15 de junio de 2009) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/can/clout_case_1012_leg-2761.html (último acceso: 23 de enero de 2017).
- *CLOUT 1022*. T-9/07 (Tribunal ampliado del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Serbia, Serbia 23 de enero de 2008) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/srb/clout_case_1022_leg-2627.html (último acceso: 24 de enero de 2017).
- *CLOUT 1109*. VAS-13520/09 (Sala de lo Mercantil del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, Rusia 16 de diciembre de 2009) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/rus/clout_case_1109_leg-2880.html (último acceso: 23 de enero de 2017).
- *CLOUT 1110*. VAS-11307/09 (Sala de lo Mercantil del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, Rusia 15 de octubre de 2009) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/rus/clout_case_1110_leg-2881.html (último acceso: 24 de enero de 2017).
- *CLOUT 1346*. 120/2011 (Tribunal Supremo de España, España 12 de marzo de 2011) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1346_leg-3094.html (último acceso: 23 de enero de 2017).

- *CLOUT 1582*. Castellana Inmuebles y Locales, S.A v. Brunello Cucinelli, S.p.A. (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, España 17 de febrero de 2015) http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1582_170215.html (último acceso: 24 de enero de 2017).
- *Gutta-Werke AG v. Dörken-Gutta Pol. and Ewald Dörken AG*. 4C.100/2000/rnd (Corte Suprema Federal de Suiza, Suiza 11 de julio de 2000) <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=627> (último acceso: 25 de enero de 2017).
- *Hibro Compensatoren B.V. v. Trelleborg Industri Aktiebolag*. Rolnummer 146453 / HA ZA 06-1789 (Corte del Distrito Rechtbank, Países Bajos 17 de enero de 2007) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070117n1.html> (último acceso: 26 de enero de 2017).
- *Trisan S.A. v. Pharmacia & Upjohn S.A. y Pfizer S.A.* 000384-F-S1-2008 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica 6 de junio de 2008) http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=411150&strTipM=T&strDirSel=directo (último acceso: 24 de enero de 2017).

Legislación

- Costa Rica, Poder Ejecutivo. Proyecto de Ley N° 18121: Aprobación de la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980.
- Costa Rica, Asamblea Legislativa. Código Civil Ley N° 63. Entrada en vigor el 1° de enero de 1888.

- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. 2010. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> (último acceso: 22 de enero de 2017).
- Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Viena, Austria, 1980.
- Naciones Unidas. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, Estados Unidos de América, 1958.
- España. Código Deontológico Europeo de la Franquicia. 1º de enero de 1991.

Páginas web

- CNUDMI. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (último acceso: 18 de enero de 2017).
- UNIDROIT. *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*. 2014. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> (último acceso: 22 de enero de 2017).