

## **CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES**

International Commercial Contracts

**Autor:** María Elena Crespo Collada,

Cristina López Arriazu.

Universidad Autónoma de Madrid

**Resumen:** El objeto de este estudio es conocer con mayor profundidad algunos de los contratos mercantiles internacionales más importantes como son el de mercaderías, agencia, franquicia o el join-venture. Para una mejor comprensión se incluyen ejemplos de casos reales, donde se pone de manifiesto su internacionalidad, los conflictos que pueden surgir y los distintos modos de interpretación y resolución. En cada uno de estos contratos sus características y normas aplicables.

**Abstract:** The purpose of this study is to describe in greater detail some of the most important international commercial contracts such as that of goods, agency, franchise or join-venture. For a better understanding includes examples of real cases, where its international shows, conflicts can arise and the different modes of interpretation and resolution. In each of these contracts, their characteristics and standards.

**Palabras clave:** Contrato, Agencia, Incoterms, Franquicia, Mercaderías, Directiva.

**Key words:** Contract, Agency, Incoterms, Franchise, Goods, Directive.

### **Contratos de mercadería e Incoterms**

El contrato internacional de mercancías es, sin duda, el instrumento de mayor importancia en el ámbito del comercio internacional. El desmantelamiento de los modelos proteccionistas que siguió, en el mundo capitalista, al final de la Segunda Guerra Mundial con la celebración del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947, su posterior institucionalización, profundización y generalización con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) 1995 y la definitiva acentuación de la importancia de las transacciones internacionales que ha supuesto el denominado proceso de “globalización” o “mundialización” no han hecho sino poner de manifiesto la cada vez mayor importancia del contrato internacional de mercancías. Paralelamente a esa creciente importancia se han visto acentuados los problemas y deficiencias derivados de la creciente complejidad del modelo internacional, de la carencia de un sistema jurídico único que lo regule y encauce la resolución de conflictos. En este sentido se pueden apreciar muchos problemas derivados del concurso de los derechos nacionales en la regulación del contrato de mercadería. De ellos me voy a ocupar de dos. En primer lugar de los avances y dificultades en la formación de un “sistema” jurídico capaz de organizar la operatividad del contrato de mercadería en un mundo globalizado y en los Incoterms.

El concepto de contrato de compraventa de mercaderías es general y común. Se entiende por tal “el contrato sinalagmático en virtud del que una parte entrega a otra la

propiedad de una mercancía a cambio del pago de un precio” (CASTELLANOS). Sus dificultades en el plano internacional provienen básicamente de la carencia de un derecho uniforme que los regule en el plano internacional. En las actuales circunstancias no existe un Derecho (Leyes y Tribunales) que sustancie la aplicación de un contrato de este tipo. Las dificultades adicionales generadas por la multitud de ordenes jurídicos estatales que afectan al cumplimiento de los contratos son apreciados como unos “costes asociados al contrato internacional”. Como se ha dicho expresivamente nadie asegura nada a nadie en este contexto y nadie puede saber con certeza que derecho regula esa contratación internacional. El mundo de los operadores del comercio internacional ( lo que se identifica como la “*Societas Mercatorum*” o “*Business Community*” ha buscado colaborar en la creación de unos usos o estándares capaces de aminorar esos riesgos y costos adicionales, sumando así su interés a los esfuerzos desplegados por instituciones y organizaciones internacionales por crear un cierto Derecho uniforme. En buena medida es lo que tradicionalmente se ha identifica con la “*Lex Mercatoria*”, cuya adaptación a este nuevo estadio globalizado de las relaciones comerciales internacionales ha provocado la denominación de “**Nueva Lex Mercatoria**”. Por tal se entiende el conjunto de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional que los particulares asumen con una cierta convicción de su carácter jurídicamente vinculante (*opinio iuris*) ( FRIGNANI) y que se manifiestan esencialmente en los Tratados internacionales, leyes estatales, usos jurídicos comerciales, jurisprudencia de los arbitrajes internacionales, normas elaboradas por asociaciones de los propios operadores comerciales, entre otros. Pese a todo, los avances en la denominada “**Nueva Lex Mercatoria**” resultan hoy por hoy insuficientes y polémicos. En cualquier caso es muy aventurado mantener que se haya producido un Derecho Uniforme y, por supuesto, mucho menos una especie de ordenamiento jurídico especial.

En este orden de cosas, es posible que el mayor avance en la regulación básica más general del contrato de mercadería internacional sea el que proporciona la convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980: Este Convenio entró en vigor internacionalmente el 1 de enero de 1988. Para España entró en vigor el 1 de agosto de 1991 (ha sido publicado en BOE de 30 de enero de 1991 y de 28 de noviembre de 1996). En el ámbito de la Unión Europea la norma de aplicación es el Reglamento (CE) n o 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).(*DO L 177 de 4.7.200*

De especial relevancia está resultando la actuación de la comisión de naciones unidas para el desarrollo mercantil internacional (CNUDMI/ UNCITRAL) que, creada en 1966 por la Asamblea General de la ONU, ha celebrado en España su 40 aniversario, ocupándose del tema: “*Un Derecho moderno para un comercio globalizado*”. Durante las sesiones de dicho Congreso se pusieron de manifiesto los avances en el proceso de desarrollo de las reglas de los Contratos de Compraventa. Las expectativas de creación de un derecho uniforme en materia de contrato de compraventa internacional de mercadería sigue situado en la Convención de 1980.

Desde el punto de vista de la Convención debe tenerse presente que no contiene una definición concreta del contrato de compraventa de mercadería. Razón por la que partimos del concepto general y común. En cambio la Convención cuando establece el **ámbito de aplicación** de la Convención establece con claridad lo que incluye y lo que excluye del contrato de compraventa. El elemento clave es la disposición de inclusión de “los contratos de compraventa de mercaderías que tengan sus establecimientos en

Estados diferentes cuando esos Estados sean partes de la Convención o cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado parte. Asimismo debe tenerse en cuenta que la Convención excluye de su ámbito todos las compraventas de bienes de uso personal, familiar o doméstico, las de subastas, judiciales, de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, buques de todo tipo y aeronaves y electricidad y excluye los contratos sobre servicios. La Convención, sobre la base del declarado principio de la “**autonomía de la voluntad**” de los contratantes, organiza unas reglas de interpretación fundadas en los principios generales que la fundamentan y, en su ausencia, en las normas de la ley aplicable que resulte del derecho internacional privado. Regula asimismo la formación del contrato y su resolución o extinción y, naturalmente las obligaciones del vendedor ( artículos 30 a 52) y del comprador ( artículos 53 a 60) y los derechos y acciones que derivan del incumplimiento. Esto es el elemento central de la Convención ya que excluye los aspectos relativos a la validez del contrato, los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías vendidas, o la responsabilidad por muerte o lesiones derivadas de las mercancías.

Uno de los elementos de mayor dificultad en la configuración de ese derecho uniforme en materia de contratación de compraventa de mercaderías es derivado de “precisión” de los términos que expresan las obligaciones y derechos en el contexto de estos contratos. La Cámara de Comercio Internacional ha elaborado una serie de reglas que se destinan, justamente, a regular las obligaciones y derechos que emanan de los contratos de compraventa de mercancías. Estas reglas se identifican como los *INTERNACIONAL COMERCIAL TERMS (INCOTERMS)*. La primera versión de los *Incoterms es de 1936 y la última (la actualmente en vigor) del año 2000*. Se trata de reglas de carácter material que expresan derechos y obligaciones de las partes precisando aspectos claves del contrato. Así, los *Incoterms* quedan referidos al transporte, lugar y condiciones de la entrega, tipos de documentos, riesgos por pérdida de la mercancía, etc. Son de una enorme importancia en las transacciones internacionales de mercancías y los contratantes suelen incluirlos en los contratos internacionales. No obstante hay que tener presente que no regulan todos los elementos del contrato sino sólo algunos aspectos relacionados con su cumplimiento. Los *Incoterms* no regulan, así, los elementos propios de contratos conexos como el de transporte, seguros, financiación..., pero sí pueden regular algunos aspectos como a qué parte le corresponde cargar con la financiación, el seguro o el transporte. Tampoco regulan elementos esenciales de la contratación internacional: la cosa objeto del contrato, condiciones de existencia y validez del mismo o la responsabilidad de las partes.

Los *Incoterms* del 2000 mantienen las tradicionales trece “términos” encuadrados en cuatro categorías o Grupos: Grupo E, : Grupo F, : Grupo C y : Grupo D.

En las transacciones internacionales esencial determinar con exactitud los terminos de venta, pues de ellos dependen las distintas responsabilidades (riesgos y obligaciones) que el comprador y el vendedor tienen sobre el objeto del contrato (Ia mercadería).

Los *Incoterms* 2000 son reglas que definen las obligaciones reciprocas entre vendedor y comprador relativas al desplazamiento de la mercadería, en 10 concerniente a la transferencia de costos, riesgos y gestión de documentos. Fueron elaborados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París. Son 13 términos comerciales simbolizados en siglas que son de uso facultativo por las partes que pueden definir en el contrato su utilización.

Están ordenados en una graduación de crecientes obligaciones para el vendedor, divididos en 4 categorías o grupos:

**GRUPO “E” ( Salida)**

**EXW** En Fabrica ( ... lugar designado)

Las obligaciones y cargas de costos del vendedor son mínimas, se limitan a colocar las mercaderías en su fábrica o depósito a disposición del comprador.

**GRUPO “F” (Transporte principal no pagado)**

**FCA** Franco transportista ( ... lugar designado)

**FAS** Franco al costado del buque ( ... puerto de carga convenido)

**FOB** Franco a bordo ( ... puerto de carga convenido)

La obligación del vendedor es entregar las mercaderías al medio de transporte designado por el comprador, ya sea mediante la simple entrega o su puesta a bordo o costado del buque. En ningún caso, el vendedor paga los gastos de transporte.

**GRUPO “C” (Transporte principal pagado)**

**CFR** Costo y flete ( ... puerto de destino convenido)

**CIF** Costo, segura y flete ( ... puerto de destino convenido)

**CPT** Transporte pagado hasta ( ... lugar de destino convenido)

**CIP** Transporte y seguro pagado hasta (... lugar de destino convenido)

El vendedor toma a su cargo los costos del transporte, pero sin asumir el riesgo de pérdida o daño de las mercancías, ni los costos adicionales debidos a hechos acaecidos después de la carga y despacho.

**GRUPO “D” (Llegada)**

**DAF** Entregada en frontera ( ... lugar convenido)

**DES** Entregada sobre buque ( ... puerto de destino convenido)

**DEQ** Entregada en muelle ( ... puerto de destino convenido)

**DDU** Entregada derechos no pagados (... lugar de destino convenido)

**DDP** Entregada derechos pagados ( ... lugar de destino convenido)

El vendedor soporta todos los gastos y riesgos necesarios para llevar las mercancías hasta que se encuentren en la frontera o en el buque o en el muelle, puerto de destino o lugar punto de destino convenido.

- **Consecuencias de la elección de Incoterms**

Es importante que la empresa tenga un claro conocimiento de los Incoterms a fin de optimizar los flujos internacionales de mercaderías y la sincronización con la documentación que la acompaña.

Además, tienen influencia: i) directa e impacto sobre los precios facturados por el exportador, condiciones generales de venta o compra, transporte, seguro y procedimientos aduaneros y ii) sobre la imagen de la empresa y su aptitud para desempeñarse en el ámbito internacional. El embalaje es obligación del vendedor que varía según el medio de transporte.

Para evitar cualquier ambigüedad entre importador/exportador es preciso definir claramente el tipo de Incoterm, lugar de transferencia y la fecha de edición del mismo. Su elección es el inicio de la estrategia logística.

Cada uno de los 13 términos comerciales agrupa las obligaciones respectivas de las partes, encarnando las posiciones del vendedor y del comprador respecto de las mismas.

- **Caso/cuestión que se plantea**

Tomado de los “Casos relativos a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM)

Caso 827: CIM 1, 8, 9, 14, 18 y 19

Países Bajos: Court of Appeals of s-Hertogenbosch N° C0501069

29-05-2007

Belgian company v First Dutch company

(Resumen preparado por *Ian Smits*, corresponsal nacional, y por *Bas Megens* )

Una empresa belga vendió y entregó una maquina a una empresa holandesa. En la factura enviada por el vendedor figuraba el siguiente texto: "Las mercancías siguen siendo de nuestra propiedad hasta que se haya recibido el pago integro". El vendedor aplicó las condiciones generales en las que también se indicaba que "Las mercancías entregadas seguirán siendo propiedad del vendedor hasta que se reciba el pago integro, lo que significa, en particular, que el comprador no podrá revender las mercancías ni constituir una garantía sobre ellas". No obstante, el comprador holandés no pagó íntegramente el precio de compra y vendió la maquina a una tercera empresa, arrendando a su vez la maquina de dicha empresa. El vendedor belga alegó que el comprador holandés había actuado ilícitamente al vender la maquina a un tercero sin haber pagado previamente el precio integro de compra, lo que constituye una violación de la reserva de propiedad.

El Tribunal de Primera Instancia determinó que el comprador -al no oponerse a la disposición relativa a la reserva de propiedad incluida en la factura por la empresa belga- aceptó implícitamente la reserva de propiedad sobre la base de los artículos 18 3), 8 y 9 de la CIM. El Tribunal determinó también que el comprador cometió un acto ilícito, si bien no se pudo determinar la existencia de un nexo causal entre el daño sufrido por el vendedor belga y el acto ilícito, por lo que desestimó la demanda. En el recurso de apelación, la empresa belga sostuvo que esa determinación era errónea. Al tramitar el incidente procesal, la empresa neerlandesa argumentó que no había aceptado implícitamente la reserva de propiedad desde un principio.

El Tribunal de Apelación decidió que, de conformidad con el artículo 1 de la CIM, esta Convención se aplicaba, y que la cuestión de si una parte daba su consentimiento a la constitución de un acuerdo y a la aplicabilidad de las condiciones generales conexas correspondía al ámbito de aplicación de la CIM. Por lo tanto, la cuestión de si el vendedor y el comprador han convenido en una reserva de propiedad y/o si son aplicables las condiciones generales de la empresa belga y la reserva de propiedad consagrada en ellas ha de responderse en función de los artículos 14 y 19 de la CIM relativos a la oferta y la aceptación, y en los artículos 8 y 9, por lo que respecta a la interpretación de la Convención.

Es evidente que las dos empresas realizaban actividades comerciales conjuntamente y de forma periódica. También quedó claro que en el anverso de las facturas enviadas por la empresa belga a la empresa neerlandesa siempre se ha indicado que las mercancías vendidas estaban sujetas a una reserva de propiedad supeditada al pago integro del precio de compra. Sin embargo, en el contrato de compraventa no se indicaba en modo alguno que la compra estuviera sujeta a dicha reserva de propiedad. En el artículo 18 I) de la CIM se establece que ni el silencio, ni la falta de respuesta ante una oferta constituyen una aceptación de esta. El vendedor sostuvo que la reserva de propiedad no fue acordada tácitamente, sino que se hizo referencia explícita a ella en las facturas. Por lo tanto, la cuestión que hay que plantearse es si la empresa belga puede invocar la

reserva de propiedad frente al comprador a pesar de lo dispuesto en el artículo 18 de la CIM, teniendo en cuenta que, anteriormente, ambas partes haban llevado a cabo negocios conjuntamente en múltiples ocasiones. A la luz de las disposiciones de la CIM, hay que responder negativamente a esta pregunta.

Habida cuenta de que no existían pruebas de que la reserva de propiedad fuera una practica o uso habitual vinculante para la empresa neerlandesa, y de que esta empresa solo pudo tener conocimiento de la reserva de propiedad después de recibir la factura (con independencia de si se hizo referencia a la reserva de propiedad en el anverso o en el reverso de la factura), no puede considerarse que en virtud de los artículos 18, 8 y 9 de la CIM el comprador haya dado su consentimiento y, por consiguiente, aceptado la reserva de propiedad. Por lo tanto, nunca se convino en que la maquina se entregaría con una reserva de propiedad en favor del vendedor, y no hay ningún fundamento para que la empresa belga afirme que la empresa neerlandesa actuó ilícitamente. Ni la venta con retrocesión en arrendamiento, que no es inhabitual, ni la negativa de la empresa neerlandesa a utilizar el importe obtenido de la tercera empresa para reembolsar a la empresa que vendió en primer lugar pueden dar lugar a un acto ilícito. Por lo tanto, el Tribunal de Apelación estimó el incidente procesal de la empresa holandesa (convirtiendo en superfluo el examen del recurso inicial interpuesto por la empresa belga) y confirmó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, corrigiendo los fundamentos de derecho pertinentes.

### **Contratos internacionales de agencia**

- **Características del contrato**

En el contrato de agencia, el agente, que puede ser una persona física o jurídica, se configura como un intermediario independiente que asume frente a la otra parte contratante (principal) el compromiso de promover actos y operaciones de comercio por cuenta del principal; a cambio del desarrollo de esta actividad dentro del ámbito territorial establecido en el contrato, el agente recibe una remuneración.

Existe en el marco comunitario normas uniformes en la materia, la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Esta Directiva ha sido incorporada al Derecho español por la LCA.

Ante la ausencia de normativa internacional relativa a los contratos de agencia tiene importancia el Modelo de la CCI de Contrato de Agencia Comercial, cuya versión inicial de 1991 ha sido sustancialmente revisada en 2002. El ámbito de aplicación comprende únicamente los acuerdos internacionales de agencia con agentes independientes que intervienen en la venta de mercancías. Este Modelo ha sido elaborado con el propósito de redacción de estos contratos.

Incorpora un conjunto de reglas o cláusulas modelo con base en los términos más habituales en la práctica internacional y en ciertos principios generales de amplia aceptación, ejerce una especial influencia el contenido de la Directiva 86/653 así como los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

Las cuestiones tratadas en detalle en el Modelo se incluyen las funciones del agente, la concreción de los productos y territorio objeto del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, la fijación de objetivos mínimos, la duración y terminación del contrato.

La obligación principal del agente es ocuparse de la negociación y de la conclusión de las operaciones. Otras obligaciones típicas son comunicar al principal toda la información necesaria y ajustarse a las instrucciones que le haya dado el principal.

La obligación básica del principal es remunerar al agente, típicamente se lleva a cabo por comisión. Otras obligaciones propias son proporcionar al agente la información necesaria, la ejecución del contrato de agencia y de su aceptación o rechazo de las operaciones que el agente le proporciona.

Respecto a la remuneración mediante comisión, la Directiva 86/653 (Art. 7) establece que el agente comercial tiene derecho a la comisión por cualquier operación concluida durante la vigencia del contrato de agencia siempre que la haya concluido gracias a su intervención, o cuya clientela haya obtenido anteriormente con un cliente que pertenezca a un sector geográfico o un grupo determinado de personas que esté a su cargo o disfrute del derecho de exclusividad; también con operaciones concluidas después de la celebración del contrato cuando se deba a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato y se hubiere concluido dentro de un plazo razonable a partir de la terminación del mismo.

- **Terminación del contrato y régimen indemnizatorio**

El desarrollo legislativo en materia de contratos de agencia tiene por finalidad la protección de los agentes comerciales, así lo destaca el TJCE en la interpretación de la Directiva 86/653 (STJCE 30 abril de 1998), se manifiesta sobre todo en el contrato de agencia.

Se prevén plazos de preaviso extensos para la resolución de los contratos por tiempo indefinido, que será de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Limita la posibilidad de resolución sin preaviso a los supuestos de incumplimiento por la contraparte de sus obligaciones contractuales o a circunstancias excepcionales de quiebra o suspensión de pagos de la contraparte.....

Un mecanismo fundamental de protección del agente es el establecimiento de un régimen específico de indemnización por terminación del contrato de agencia, comprende por una parte una indemnización por clientela y por otra una indemnización de daños y perjuicios, ambas son independientes.

Respecto a la de clientela, tanto en contratos de duración determinada como indefinida, se da cuando el agente ha aportado nuevos clientes para el principal o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, y su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario.

La cuantía no puede exceder del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o durante todo el período de duración del contrato, si éste es inferior.

Se excluye el derecho de indemnización cuando:

- El principal resuelve el contrato por el incumplimiento por el agente de sus obligaciones.
- Es el agente quien ha denunciado el contrato sin fundarse en circunstancias imputables al principal salvo la edad o enfermedad del agente.
- El agente ha cedido a un tercero los derechos y las obligaciones que posea en virtud del contrato de agencia.

Para reforzar la posición del principal y salvaguarda sus relaciones con los clientes que ha conseguido el agente, es habitual la inclusión en los contratos de agencia de cláusulas de no competencia, que imponen ciertas restricciones a las facultades de los agentes durante un cierto período tras la expiración del contrato de agencia.

- **Ley aplicable**

La ley del contrato será en primer lugar la elegida por las partes con base en el Art. 3 del Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), esto se ve limitado por la normativa imperativa de protección de los agentes.

A falta de elección de la ley aplicable por las partes, el Art. 4 de dicho reglamento establece que será la del país en el que el agente tenga su residencia habitual.

En los casos en los que el agente ejerce básicamente su actividad en el mismo país en el que el principal tiene su residencia habitual, será de aplicación la ley de este país.

- **Caso/cuestión que se plantea**

Esta cuestión fue resuelta parcialmente en la STJCE 9 de noviembre de 2000.

En virtud de un contrato de agencia una sociedad domiciliada en California había designado como su agente comercial en el Reino Unido e Irlanda a una sociedad británica. En su demanda en agente reclamaba el pago de una comisión así como la reparación de los daños que entendía que le había ocasionado la terminación del contrato de agencia. En una cláusula del contrato las partes habían acordado expresamente que el acuerdo se regiría por la ley del Estado de California, que no proporciona una protección tan intensa de los intereses de los agentes como la que existe de la CE.

Para determinar si el agente tenía derecho a la indemnización resulta determinante en el asunto fijar si los Arts. 17 y 18 Directiva 86/653, que atribuyen esos derechos al agente deben ser consideradas normas internacionales imperativas, de manera que las normas nacionales que las trasponen deben ser aplicadas incluso cuando las partes han elegido como ley del contrato la de un Estado extranjero.

El TJCE consideró que las normas de los Arts. 17 y 18 de la Directiva (y las reglas nacionales de transposición) son normas internacionales imperativas por su finalidad de tutela de la posición de los agentes comerciales y de protección de la libertad de establecimiento y la competencia no falseada en el mercado interior.

El TJCE señaló que las mismas deben aplicarse cuando el agente comercial haya ejercido su actividad en un Estado miembro, aun cuando el empresario se halle

establecido en un país tercero y el contrato se rija por la Ley de este país en virtud de una de sus cláusulas.

Pero debemos tener muy presente que no todas las normas de la Directiva y de la LCA son internacionalmente imperativas, como refleja el propio Art. 3 LCA, al señalar que todos los preceptos de la LCA tienen carácter imperativo “a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa”. Esta regla deja clara la imperatividad de la LCA en el plano interno.

### **Contratos de franquicia**

- **Definición y modalidades de franquicia internacional**

*Contrato de franquicia comercial*, por el cual el titular de un sistema especial de comercialización de bienes o servicios (franquiciador) cede al distribuidor (franquiciado) el derecho a explotar en su propio beneficio dicho sistema bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del titular, a cambio de una compensación económica y del compromiso del distribuidor de ajustarse en todo momento a las pautas de actuación establecidas.

En el marco del comercio internacional, los acuerdos de franquicia tienen lugar normalmente cuando el titular de una franquicia pretende su introducción en otro país. Existen dos métodos para la expansión internacional de una franquicia:

1º La proyección del sistema tradicional al entorno internacional se lleva a cabo mediante acuerdo de franquicia individual (unit franchising), el titular de la franquicia en el país de origen contrata directamente con los concretos franquiciados que operan en mercados extranjeros de forma individualizada. Ese método no resulta con frecuencia el más apropiado en el entorno internacional.

2º Como alternativa el titular de la franquicia no contrata directamente con cada concreto franquiciado, sino que designa un franquiciado principal quien se responsabiliza de la expansión de la franquicia en un determinado territorio; con objeto de facilitar la introducción y difusión en otros países de un sistema de franquicia, se han desarrollado los llamados acuerdos de franquicia principal, que han sido objeto de particular atención en el seno de Unidroit, que en 1998 elaboró una Guía para facilitar la redacción de estos contratos internacionales.

En el ordenamiento español del Art. 2.2º del mencionado RD 2485/1998 modificado por el RD 419/2006, que desarrolla el Art. 62 LCM, establece que se entiende por acuerdo de franquicia principal o franquicia maestra aquel por el cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, a cambio de una compensación financiera el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados, conforme al sistema definido por el franquiciador asumiendo el franquiciado principal el papel de franquiciador en un mercado determinado.

En los acuerdos de franquicia principal el franquiciado (principal) asume la responsabilidad de difundir la franquicia en un concreto mercado, teniendo el derecho (u obligación) de concluir ulteriores acuerdo de franquicia con terceros a cambio de una compensación financiera.

Debido a las funciones asumidas por el franquiciado principal, el control del franquiciador sobre la red de franquicia resulta normalmente limitado; los contratos de franquicia principal privan con frecuencia de internacionalidad a los ulteriores contratos de franquicia.

Respondiendo a las distintas necesidades organizativas aparece una variedad de contratos de franquicia principal, la modalidad más frecuente es master franchise agreements, pero hay otras como master franchisee y master development agreements.

- **Ley aplicable**

El Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en su Art. 4 relativo a Ley aplicable a falta de elección, apartado e) establece que la ley aplicable a los contratos de franquicia es la del país en el que el franquiciado tenga su residencia habitual.

Los contratos de franquicia principal cabe presumir que normalmente el país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato es aquél en el que se haya el establecimiento del franquiciado principal

- **Aplicación de la normativa de defensa de la competencia y de protección del franquiciado**

Conforme a lo dispuesto en los Art. 4 y 5 Reglamento (CEE) 2790/1999, entre las cláusulas prohibidas se incluyen las que imponen precios de reventa de los productos (salvo que se trate de precios máximos o recomendados), y restricción del territorio en el que el comprador (franquiciado) pueda vender los bienes o de los clientes a los que pueda vendérselos (se admiten algunas excepciones).

Entre las cláusulas habituales en contratos de franquicia y no prohibidas por el Derecho comunitario antitrust cabe reseñar las obligaciones del franquiciado necesarias para la protección de derechos de exclusiva del franquiciador o para preservar la identidad y reputación de la red de franquicias, como por ejemplo asistir a cursos de formación, prohibición de modificar la ubicación del local y de ceder la franquicia sin consentimiento del franquiciador.

Junto a las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, las disposiciones protectoras relativas a la celebración de los contratos de franquicia imponen sobre el franquiciador la obligación de revelar al franquiciado determinadas informaciones antes de la celebración del contrato.

En el caso español destacan a este respecto las normas contenidas en el Art. 62 LCM, y sus disposiciones de desarrollo recogidas en el RD 2485/1998 modificado por el RD 419/2006. Estas disposiciones contemplan la constitución de un registro de franquiciadores que se coordina con otros que pueden existir a nivel autonómico, previéndose que en el mismo deberán inscribirse, con carácter previo al inicio de la

actividad, las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores en el territorio de más de una comunidad autónoma.

El Registro de Franquiciadores pretende operar como un mecanismo de información al mercado; cabe entender que pretende ser de aplicación también a potenciales franquiciadores establecidos en el extranjero cuando operen en España.

El Art. 62.3º LCM impone al franquiciador la de entregar al franquiciado con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega de cualquier pago de información precisa sobre el sistema de franquicia y el franquiciador; esta norma imperativa pretende ser de aplicación cuando la franquicia se explota en España.

### **Joint-venture internacional**

Por joint-venture entendemos una actividad que suponga la creación de una estructura organizativa que es controlada por las sociedades participantes; el elemento identificador es la necesidad de cooperación entre sociedades para el desarrollo de un proyecto que origina la creación de una sociedad que puede adoptar formas variadas y que es controlada por los intervinientes en la operación.

El régimen jurídico de una operación de joint-venture es complejo:

- Contratos de joint-venture
- La sociedad constituida o conjunta
- Contratos satélite

Debemos tener muy en cuenta que el derecho rector del contrato joint-venture y la sociedad conjunta pueden ser diferentes, mientras que el derecho rector de los contratos satélite y de la sociedad será el mismo.

Para eliminar los problemas derivados de la interferencia de diversas normativas societarias se aconseja que sea un único Derecho el que rijan todas las sociedades que puedan surgir en el curso de la operación.

- **Respecto del contrato de joint-venture**

Es un acuerdo entre las partes en el que establecen las bases de la colaboración (joint-venture agreement). El acuerdo recoge la decisión de crear la nueva sociedad, sus objetivos y las reglas básicas de su organización y funcionamiento.

Los intervinientes elegirán el Derecho de acuerdo con el cual habrá de crearse la sociedad, la forma, su régimen jurídico y los estatutos de la futura sociedad.

Si se trata de la adquisición de una sociedad ya existente deberán pactarse las modificaciones.

También deberán ponerse de acuerdo en:

- Las aportaciones que realizarán a la sociedad, que podrán integrarse en el capital de la sociedad conjunta, o ser compromisos de aportación que no tengan contraprestación en la participación en la sociedad.
- En las obligaciones de las sociedades respecto a ésta.
- La forma en que habrá de ser dirigida la sociedad.
- La composición del consejo de administración y su autonomía; la forma en que se podrán nombrar y revocar sus miembros.
- Mecanismos que permitan resolver los conflictos entre los participantes

Este acuerdo preliminar debe calificarse como sociedad civil interna, que tiene por objeto la fundación de la sociedad conjunta. La sociedad civil se extingue, como es natural, cuando se cumple el fin social, es decir, cuando se constituye la joint-venture.

- **Respecto de los contratos satélites**

Los contratos satélites vinculan a la sociedad conjunta con las sociedades participantes, pueden ser simultáneos al contrato o posteriores, y tienen por finalidad facilitar a la sociedad conjunta determinados servicios necesarios para llevar a cabo su proyecto. La sociedad conjunta puede ser parte de ellos, por lo que se encontrará directamente vinculada por estos contratos satélites.

Puede constituirse tanto con fines de cooperación, coordinación, concentración stricto sensu.

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia el problema característico que presentan las sociedades conjuntas consiste en determinar si:

- Están fuera de la disciplina protectora de la libre competencia
- Quedan comprendidas en el ámbito de las practicas colusorias
- Caen bajo el control de concentraciones,

*Resulta instructiva a este respecto la Comunicación de la Comisión Europea sobre operaciones de concentración y de cooperación de 2 de marzo de 1998.*

La figura de la joint-venture abarca una gama amplísima de acuerdo de colaboración entre empresas y puede dar lugar a acuerdos de naturaleza contractual o dar origen a una nueva sociedad.

El caso paradigmático es el de las filiales comunes, en su expresión más típica constituye una sociedad, generalmente una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, constituida y participada al 50 % por dos empresas o grupos de empresas:

- Con el objeto de introducirse en un nuevo mercado, por ejemplo una compañía extranjera se asocia con un socio "local" para aprovechar su red de distribución.
- Para desarrollar un nuevo producto, por ejemplo dos compañías automovilísticas se asocian para desarrollar un nuevo prototipo.
- O para cualquier otro fin de interés común.

Se trata de conseguir formas de integración que permitan desarrollar conjuntamente una determinada empresa manteniéndose la independencia económica de los participantes.

- **Cuestión/caso que se plantea**

Debemos tener en cuenta que un contrato complejo de joint-venture supone que la sociedad conjunta creada, con frecuencia una sociedad de capital, opera realmente a partir de una regulación que se encuentra fuera de los estatutos sociales, siendo dicho contrato la auténtica referencia para la actuación de la sociedad.

El problema que planteamos es que alguno de los partícipes traspase sus acciones en la sociedad conjunta a un tercero, éste podría negarse a considerarse vinculado por los pactos establecidos entre el anterior partícipe y el resto de integrantes de la operación.

Una situación como ésta podría suponer el fin de la joint-venture, que se fundamenta en el equilibrio entre las obligaciones que surgen para los partícipes y la sociedad conjunta en sus relaciones entre sí. Por ello es frecuente la inclusión de cláusulas que limitan o prohíben a los intervinientes la transmisión de sus acciones en la joint-venture sin el consentimiento del resto de partícipes. Habrán de figurar tanto en el contrato de la joint-venture como en los estatutos sociales, su eficacia dependerá su admisibilidad por el Derecho rector de la sociedad.

Pueden ser Derechos diferentes los que rijan la sociedad constituida y en contrato de joint-venture.

La sociedad conjunta se regirá por el Derecho rector que hayan elegido los fundadores y de acuerdo con cuyas disposiciones hubiese sido constituida.

El contrato de joint-venture se regirá por su propio Derecho, el que resulte de la aplicación del Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales o de Derecho autónomo (Art. 10.5º CC en el caso español)

Pudiendo ser distintos los ordenamientos que rijan el contrato de joint-venture y la sociedad creada podría ser que la valoración que se hiciese de los pactos sobre limitación de la transmisibilidad de las acciones fuese diferente.

En caso de que tales pactos no fuesen eficaces desde la perspectiva del Derecho rector de la sociedad conjunta el beneficiario de la transmisión no podría ver en ninguna forma limitados sus derechos como socio de la joint-venture.

Si la cláusula contractual por la que los socios se comprometen a no transmitir las acciones es eficaz desde la perspectiva del Derecho rector del contrato de joint-venture resultaría que el incumplimiento podría acarrear determinadas consecuencias (resolución del contrato, indemnizaciones,...) que podrían hacerse efectivas contra el partícipe incumplidor.

## **Bibliografía**

Fernández Rosas, Jose Carlos; Arenas Garcia, Rafael y de Miguel Asensio, Pedro Alberto: "Derecho de los negocios internacionales". Iustel. Madrid. 2008.

Mercadal, Francisco: "El contrato de Agencia mercantil". Vidal. Publicaciones del real Colegio de España. Madrid. 2008

Echevarría Sáenz, Josefa A: "El contrato de Franquicia". Tecnos. Madrid. 2009.

Guardiola Sacarrera, Enrique: “Contratos de Colaboración en el comercio internacional Intermediación, Agencia, Distribución, Transferencia e Tecnología, Franquicia, Joint-Venture”. Agrupaciones. Madrid. 2003.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: “Apuntes de Derecho Mercantil”. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor. Navarra. 2009.

Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F.: “Manual de Derecho Mercantil, tomo I”. Tecnos. Madrid. 2009.

De Eizaguirre, J. M<sup>a</sup>: “Derecho mercantil”. Cívitas. Madrid. 2009.

De Eizaguirre, J. M<sup>a</sup>: “Derecho de sociedades”. Cívitas. Madrid. 2008.

Fernández de la Gándara, L. y Gallego Sánchez, E.: “Fundamentos de Derecho mercantil, tomo I”. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

Jiménez Sánchez, G. J.: “Derecho mercantil, tomo I”. Ariel. Barcelona. 2008.

Menéndez, A.: “Lecciones de Derecho Mercantil”. Thomson-Cívitas. Madrid. 2009.

Sánchez Calero, F.: “Instituciones de Derecho Mercantil, tomo I”. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor. Navarra. 2009

Uría, R.: “Derecho mercantil”. Marcial Pons. Madrid. 2009.

Vicent Chulià, F.: “Introducción al Derecho mercantil”. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

*Fecha de recepción del original: abril, 2010*

*Fecha de aceptación: noviembre, 2010*