

308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

22  
2ej

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNAM  
FACULTAD DE DERECHO



“EL CONTRATO DE FRANQUICIA  
COMO UNION DE CONTRATOS”

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**ALEJANDRO GONZALEZ MUÑOZ**

DIRECTOR DE TESIS: LIC. FELIPE GUZMAN NUÑEZ

MEXICO, D. F.

1999

272309

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMO UNION DE CONTRATOS  
INDICE**

<b>INTRODUCCION.....</b>	<b>1</b>
 <b>CAPITULO I</b>	
<b>LA FRANQUICIA .....</b>	<b>1</b>
1.1. Antecedentes Históricos.....	16
1.2. Concepto de Franquicia.....	22
1.3. Tipos de Franquicia.....	35
 <b>CAPITULO II</b>	
<b>ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....</b>	<b>39</b>
2.1. Clasificación del contrato de Franquicia.....	47
2.2. Elementos del contrato de Franquicia.....	66
2.3. Efectos del Contrato de Franquicia.....	98
2.4. Formas de Terminación del Contrato de Franquicia..	111
2.5. Obligaciones de las partes al término del Contrato de Franquicia.....	114
 <b>CAPITULO III</b>	
<b>EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA LEGISLACION MEXICANA...118</b>	
3.1. Ley de Invenciones y Marcas y su Reglamento.....	118
3.2. Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su Reglamento.....	121
3.3. Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial y su Reglamento.....	131
 <b>CAPITULO IV</b>	
<b>FIGURAS AFINES Y DETERMINACION DE LA NATURALEZA. JURIDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....</b>	<b>137</b>
4.1. Contrato de Agencia Mercantil.....	137
4.2. Contrato de Suministro.....	139
4.3. Contrato de Distribución o Concesión.....	142
4.4. Naturaleza Jurídica del Contrato de Franquicia...	145
 <b>CONCLUSIONES.....</b>	 <b>155</b>
 <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	 <b>157</b>

## INTRODUCCION

### CAPITULO I

#### LA FRANQUICIA

Con base al artículo 26 de la Constitución General de la República, la administración del ex-presidente Carlos Salinas de Gortari, emitió el Plan Nacional de Desarrollo 1988-1994, en el que se previó consolidar y profundizar los cambios iniciados en los años anteriores en la economía mexicana y lograr la recuperación del crecimiento de la producción y de la generación de empleos productivos, junto con el mejoramiento de las percepciones de la fuerza laboral y la satisfacción de los consumidores en forma duradera y estable<sup>1</sup>.

Esta profundización en los cambios antes mencionados, han tenido el propósito común de fincar el desarrollo económico de México en el nuevo contexto de la economía mundial<sup>2</sup>. Por lo anterior la estrategia para la modernización de la industria y del comercio establecida en el Programa Nacional de la Modernización de la Industria y del Comercio 1990-1994, persigue, en suma, la modernización de las actividades industriales y comerciales y su inserción eficiente en la economía mundial.

---

<sup>1</sup> Exposición de Motivos de la iniciativa de la Ley de Fomento y protección de la Propiedad Industrial. Pág. 2

<sup>2</sup> Idem.

En este sentido, la actualización del marco jurídico tiene en el presente trabajo una importancia fundamental, para que éste permita el desarrollo adecuado de dichas actividades industriales y comerciales, regulando, para tal efecto, los sistemas novedosos que de su modernización se derivan.

El 9 de enero de 1990, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas. (RLRTT)

En este reglamento, por primera vez en el derecho mexicano, se contempla la figura jurídica de la franquicia en su concepto moderno, concibiéndola como un instrumento jurídico que permite el fortalecimiento del acervo tecnológico del aparato productivo nacional y, en consecuencia, como fuente del aumento de la productividad en las industrias y del mejoramiento de la calidad de los productos que se ofrecen al público consumidor.

El RLRTT intitulaba a la sección segunda de su Capítulo II: De los acuerdos de la Franquicia; asimismo, en el artículo 23 de este ordenamiento se disponía cuando se está frente a un acuerdo de franquicia, dotando a este contrato, con sus

características especiales, de la posibilidad de ser registrable, estableciendo igualmente un innovador procedimiento para dicho registro.

El 27 de junio de 1991, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, abrogando, en su artículo transitorio segundo, la LRTT y su reglamento.

En dicho ordenamiento, se establece que existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue<sup>3</sup>.

Como se verá mas adelante en este trabajo, el contrato de franquicia, es un contrato atípico con reglas que no le son propias, puesto que la regulación, que del mismo existe en la ley, no es suficiente para caracterizarlo con elementos que lo distinguan, no está encaminada a regular dicho contrato con sus

---

<sup>3</sup> Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial. Art. 142.

características especiales, es decir, no se regula el contrato de franquicia en si mismo. Sin embargo, como todo contrato válido debe serle aplicable alguna legislación. En el contrato de franquicia se involucran varios contratos mas, por lo cual dicho contrato es un acto complejo, y en consecuencia le serán aplicables las reglas de los contratos que se encuentren involucrados, que no siempre serán los mismos, a veces habrá compraventas, arrendamientos, prestación de servicios, comodatos, depósitos, contratos de distribución, de suministro, etc., lo anterior, hace que las relaciones que nacen entre las partes sean muy complejas, y que las consecuencias sean muy diversas.

Regularmente, los contratos de franquicia son muy extensos, debido a la cantidad y gravedad de las consecuencias que pueden derivar de ellos y especialmente por que no existen leyes que regulen la forma del contrato de manera específica, sus efectos, sus formas de terminación, etc., sino que existen las reglas supletorias a todo contrato en la legislación civil y mercantil, las cuales actualmente ya no son suficientes, por ejemplo, el franquiciante, se obliga a dar a conocer y permitir al franquiciatario el uso de secretos industriales de gran valor, ya sea para la producción o comercialización de productos o servicios, prestación que por su naturaleza, no puede ser "devuelta" en caso de rescisión o terminación del

contrato, por lo cual, su divulgación deberá estar prohibida en el contrato para el franquiciatario, y su uso también, una vez que termine el contrato en virtud del cual se hubieren dado a conocer tales secretos industriales. En este ejemplo, el franquiciante habrá de establecer de manera muy precisa la forma y términos en que el secreto industrial debe ser utilizado, tomando en cuenta la forma y términos en que protegerá que no se divulgue, pues en caso de divulgación generalizada de tales conocimientos, éstos perderían su carácter de confidencialidad y en consecuencia todo su valor para el franquiciante, provocándole daños y perjuicios muy severos, pues la franquicia basa su valor e importancia en la exclusividad de ciertos conocimientos o secretos industriales que permiten ventas o producción muy elevados la mayoría de las veces comprobados, que permiten al franquiciante cobrar por tales conocimientos, y que hacen atractivo al franquiciatario la celebración del contrato, permitiéndole aprovechar la experiencia ajena con resultados exitosos comprobados en el desarrollo de un negocio.

De acuerdo a lo anterior, tales conocimientos o secretos industriales, en caso de divulgación generalizada o de entrar en el dominio público, tiene como consecuencia que se pierda para el franquiciante la explotación exclusiva de los mismos, con la pérdida de ganancias.

De lo anterior, resulta claro que es indispensable determinar cuales son las características del contrato de franquicia, los elementos que lo componen, los efectos que derivan del mismo, y las reglas que le serán aplicables, pues su utilidad y auge son bastante claros en nuestros días, y su potencial económico no tiene duda, en consecuencia su protección legal y determinación de la naturaleza jurídica del contrato es fundamental, pues su falta repercute directamente en el tráfico comercial y en la economía del país.

La importancia de tener certeza del tratamiento que se debe dar a éste tipo de contratos, es vital para que los inversionistas -principalmente extranjeros- que desarrollan técnicas avanzadas para la producción y comercialización de productos y servicios, puedan obtener los beneficios esperados con la seguridad jurídica que se requiere, lo cual les permitirá a ellos y a otras personas seguir desarrollando nuevas técnicas que permitan el crecimiento del comercio y la industria en general, que redunden en beneficios económicos para ellos mismos y para el país.

Es por eso, que a falta de no estar claramente determinadas las características esenciales del contrato de franquicia, se pretende con éste trabajo desentrañar su

naturaleza jurídica a través de la clasificación que del contrato se haga, pues está demostrado en doctrina que su clasificación precisa, redundaría en el mejor estudio del mismo, y facilita también, el conocimiento de las reglas que le son aplicables, en tanto no exista legislación específica y concreta para el contrato.

En efecto, en el transcurso de los últimos 20 años el sistema de franquicias se ha convertido, en el mundo entero, en el método más sobresaliente para la realización de ventas, comercialización y distribución de productos, y para lograr la excelencia en la prestación de servicios a los consumidores<sup>4</sup>.

Algunos datos que ilustran la potencialidad de las franquicias dentro de los mercados, nos indican que en Estados Unidos de Norteamérica, lugar donde se ha desarrollado la franquicia en mayor grado, uno de cada tres dólares que los norteamericanos gastan actualmente en bienes y servicios es a través de franquicias<sup>5</sup> mismas que generan alrededor de 5.5 millones de empleos.

Sin embargo, no solamente en el mercado de los Estados Unidos de Norteamérica se ha reflejado el impacto de la

---

<sup>4</sup> Marvin B. Martenfeld and Stanley A. Brown. Franchising in the economy. Pág. 7. De. Booking in Business. 1993.

<sup>5</sup> Juan Huerto. Sistemas de Franquicias. Pág. 11

franquicias sino que ha trascendido al ámbito internacional. A partir de los 80's comienza el auge internacional de las franquicias y los cinco continentes son testigos de este ímpetu, incluso en los países que tenían regímenes socialistas<sup>6</sup>.

Los últimos años en Estados Unidos se han caracterizado por el crecimiento en términos de volumen de franquicias que operan por industria, así como en términos de industrias que funcionan dentro del marco de las franquicias. De tal forma que, a 1992, se calculan en más de 500,000 los establecimientos que operan bajo el sistema de franquicias en Estados Unidos, que abarcan más de 40 industrias distintas con una clara tendencia sobre el sector de servicios<sup>7</sup>.

En México se hicieron los primeros intentos de franquiciar productos o servicios en las últimas dos décadas, aunque es hasta finales de 1987 cuando empieza verdaderamente a darse la explosión de las franquicias extranjeras, entre las que figuran Howard Johnson, TGI Friday's y Fuddrucker's como las primeras<sup>8</sup>.

Es claro también que México reúne las características ideales para el desarrollo de las franquicias como son: sus

---

<sup>6</sup> Informe Especial. Revista Expansión. Mayo 1992. Pág. 46.

<sup>7</sup> Enrique y Rodrigo González Calvillo. Franquicias, la Revolución de los 90. Pág. 42.

<sup>8</sup> Ibidem. Pág. 60.

dimensiones geográficas tan extensas que dificultan la distribución efectiva de productos, un número cada vez mayor de personas con deseos de integrarse a la vida económicamente activa del país, mismas que demandan oportunidades de trabajo y desarrollo personal, consumidores más educados respecto a la calidad de los productos y la prestación de los servicios, una apertura comercial que exige a los pequeños y medianos empresarios competir con los productos y servicios de compañías extranjeras que poseen tecnologías y métodos publicitarios avanzados, etc.

Por todo lo anterior, resulta conveniente determinar la composición de ésta figura jurídica, que debido a la inadecuada y sumamente escasa legislación especializada, puede traer consecuencias graves en perjuicio de las partes en dicho contrato, con las consecuencias económicas negativas que eso pueda acarrear. Por el contrario, un buen conocimiento de ésta figura reflejaría sin lugar a dudas beneficios económicos significativos.

Veremos en este estudio, que a pesar del avance logrado en cuanto a la legislación en esta materia, su regulación específica sigue siendo inadecuada, ya que la Ley de la Propiedad Industrial, no deja una idea clara respecto de la

naturaleza jurídica, características y efectos de este contrato; que actualmente se da en la práctica.

Es esta la razón y motivo fundamental de esta tesis, establecer la naturaleza jurídica, características y efectos del contrato de franquicia, para demostrar que en derecho mexicano, el contrato de franquicia no es, sino una combinación de varios contratos.

Así pues, iniciamos nuestro estudio analizando la evolución histórica de ésta figura, haciendo hincapié en que no se intenta hablar de historia muy remoto pues como veremos más adelante la historia propia de las franquicias comienza en el siglo XX. Se verá también, que en virtud de ser el contrato de franquicia una figura con raíces en el derecho anglosajón, serán frecuentes las referencias a autores de igual arraigo, y en consecuencia, varios de los conceptos a que se aluden, son también en el idioma inglés.

### 1.1. Antecedentes Históricos.

El contrato de franquicia, como todo contrato, resulta de una evolución, mas corta que la que ha tomado para otros contratos, es el resultado de una evolución histórica en las técnicas del comercio y de la necesidad de proveer mejores y mas satisfactorios a un mas bajo costo y cada vez a mas demandantes, misma evolución que ha dotado a la franquicia de elementos, características y efectos propios que la distinguen de todos los demás contratos o de las otras formas de franquicias, pero que en su interior no hay nada nuevo, pues es el resultado de haber acumulado diversos contratos ya existentes, para que en su conjunto tengan efectos diversos de aquellos contratos que lo componen.

Los primeros antecedentes de esta relación comercial, nos dice Arce Gargollo, suelen situarse en los años 1850 o 1860 cuando I.M. Singer & Company creó el primer embrión de este contrato de franquicia como medio para distribuir y vender sus máquinas de coser. De este remoto antecedente, que al parecer no fue imitado por otros negocios, el siguiente caso es el de Howard Johnson que creó en los años treintas, una cadena de veinticinco moteles.

Charles Vaughn nos dice que en el sentido moderno de la palabra, la franquicia apareció en Estados Unidos de Norteamérica a finales del siglo pasado y a principios del actual en los campos de la industria automotriz y refresquera. Posteriormente, en los años 30, se ve un nuevo avance dentro de las actividades de la industria petrolera, en concreto en relación con las gasolineras y dentro de la rama de los comerciantes mayoristas; por último, en los 50's, la rama de la comida rápida (Fast food), tiene un avance considerable a través del sistema de franquicias; también proliferan las franquicias en los campos de las lavanderías y servicios de limpieza, así como en las cadenas de las tiendas de autoservicio y en la hotelería.

Continúa diciendo este autor, que la explicación a estos espaciados, pero muy significativos avances, se encuentra en que a principios de siglo los Estados Unidos de Norteamérica estaban saliendo de la economía basada en la agricultura y entrando a una basada en la producción industrial; esto motivó que en los campos antes señalados, para este período se requirieran de canales aptos para la conquista de mercados en diferentes localidades de la Unión Americana para la venta de los productos elaborados por estas industrias, encontrándose la mejor vía en el sistema de franquicias en su aspecto primitivo,

es decir, que sólo consistía en autorizar u otorgar a diferentes personas el carácter de vendedores autorizados de dichos productos<sup>9</sup>.

Para los años 30, la economía orientada hacia la producción cambió abruptamente a consecuencia de la depresión que se vivió en aquellos años, esto trajo como consecuencia que numerosas personas que trabajaban en industrias quedaran sin empleo e iniciaran la búsqueda para encontrar otra forma de vivir, encontrando esta forma en el franquicias que se ofrecían en el momento, en su forma primitiva, como por ejemplo, las gasolineras<sup>10</sup>.

En los años 50, en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, fue la época en que las franquicias crecieron fuertemente. Varios factores motivaron este rápido crecimiento entre los cuales podemos contar: una economía estable y con tendencias al crecimiento, un aumento sostenido en la población que originó un aumento en la demanda de productos y servicios y, en consecuencia, una oportunidad para empresarios para tratar de satisfacer esta.

Por otro lado, el retorno a territorio norteamericano de numerosos militares sin trabajo, adicionados con aquellos que

---

<sup>9</sup> Charles Vaughn L. Franchising. Pág. 21

<sup>10</sup> Ibidem. Pág. 36.

trabajaban en la industria militar que, por la terminación de la guerra quedaron sin trabajo, buscaban oportunidades para iniciar una nueva forma de vida. Apoyados con créditos otorgados por la oficina de administración para veteranos de guerra -Veterans Administration-, estas personas encontraron en el sistema de franquicias una forma ideal de iniciar su propio negocio, ya que aun cuando ellos eran ambiciosos, carecían de la experiencia suficiente para iniciar un negocio en forma independiente<sup>11</sup>.

Otra Precursora importante de las franquicias fue Coca-Cola, creciendo lentamente a finales del siglo pasado gracias a su sistema de fuentes de sodas. Más tarde, a principios del presente siglo, dos inversionistas persuadieron al presidente de la empresa para que les otorgara los derechos para vender Coca-Cola en botellas en casi todo el país, con el limitante de que estos nuevos productos no interferirían con su negocio de fuentes de soda. Es así como estos dos empresarios establecieron la primera embotelladora del mundo, absorbiendo el 100% del costo de instalación y encargándose de su manejo a cambio de recibir el concentrado necesario para el producto y el apoyo publicitario<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Martin Mendelsohn. International Franchising. Pág 5

<sup>12</sup> Enrique y Rodrigo González Calvillo. Op. Cit. Pág. 34.

Otro paso que debe tomarse en consideración para conocer la evolución de esta figura jurídica, es la evolución que se presentó en materia de marcas en la legislación norteamericana. Primeramente, las marcas constituían un indicador de origen del producto que se distingue con tal o cual marca. Este concepto traía como consecuencia que al conceder a otra persona el derecho de usar la marca mediante una licencia, sería considerada como una práctica muy cuestionable desde el punto de vista jurídico.

Sin embargo, ya para los años 30, venía desenvolviéndose un segundo concepto de marca, esta no indicaba ya el origen del producto, sino que fue un indicador de calidad. Por eso la marca podía ser usada legítimamente tanto por su titular como por sus licenciarios, siempre y cuando el titular controlara la calidad de los productos o de los servicios ofrecidos bajo su marca.

Este concepto fue codificado en la legislación de manera uniforme, en todos los establecimientos que operan bajo la misma marca o nombre comercial, para lograr ser mayor competitivos en el mercado de aquel país.

De esa manera nace el contrato de franquicia objeto de esta tesis, respondiendo a las necesidades del mercado de la

época que vio sus albores, mismas que subsisten y se acrecientan en nuestro tiempo en el que el consumidor es más exigente en sus compras, debido a la globalización de la economía y de los mercados. En consecuencia, queda en los comerciantes que pretenden subsistir a estas nuevas épocas, cumplir con la misión de satisfacer las demandas de esta nueva clase de consumidores, siendo la franquicia un sistema ideal para cumplirla.

### **1.2. Concepto de Franquicia.**

Definir de manera precisa un contrato no es fácil, y resulta más difícil si el contrato que se pretende definir contiene elementos complejos y especiales difíciles de integrar en una definición, sin embargo, consideramos que dar u obtener un concepto de lo que se estudia es imprescindible para cualquier investigación.

En virtud de lo anterior, a continuación nos permitiremos citar el punto de vista de diversos autores, respecto al contrato de franquicia, para posteriormente dar una definición propia.

El Lic. Javier Arce Gargollo establece que, un contrato de franquicia es "...aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario, la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o de servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca(s) y nombre(s) comercial(es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación<sup>13</sup>.

Harry Kursh establece que el termino franquicia significa "liberar" (to free), comúnmente usado para expresar el otorgamiento de la libertad o, el liberamiento de una servidumbre o restricción (restritiant)...<sup>14</sup>; gradualmente tomó el significado de inmunidad o privilegio conferido a un individuo o a un grupo de individuos por una soberanía o gobierno. Después se convirtió en el derecho o facultad de hacer algo; puede significar el derecho de votar o, el contrato por virtud del cual una ciudad otorga el derecho a alguien de operar o explotar propiedad pública.

También nos dice Kursh que "...el mundo de los negocios ha extendido su significado para aplicarlo al contrato por virtud del cual una persona le otorga a otra el derecho de

---

<sup>13</sup> Arce Gargollo, Javier Contratos Mercantiles Atípicos. Pág. 36

<sup>14</sup> Harry Kursh. The Franchise Boom. Pág. 194.

operar su negocio bajo el nombre e imagen corporativa de aquel aportándole para tal efecto conocimientos y asistencia técnica y algunas veces de financiamiento a cambio del pago de una o de varias cantidades de dinero."<sup>15</sup>

Otros autores definen al contrato de franquicia atendiendo a otro de sus múltiples aspectos, como lo hace Charles Vaughn, al definir al contrato de franquicia como "una forma de distribución o de mercadeo en la cual el franquiciante, otorga a un individuo o a una compañía, el derecho a hacer un negocio de una manera prescrita, durante determinado tiempo y en un lugar especificado."<sup>16</sup>

Por otra parte, Gladys Glickman apunta que dicho en términos sencillos, un contrato de franquicia es "...una licencia concedida por el propietario de una marca o de un nombre comercial, permitiendo a otro la venta de productos o la prestación de servicios, bajo dicha marca o nombre comercial."<sup>17</sup>

Esta autora nos informa que la marca y el nombre comercial han sido considerados como la piedra angular del sistema de

---

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Charles Vaughn. op. cit. Pág. 34.

<sup>17</sup> Gladys Glickman. Franchising. Pág. 2.

franquicias; sin embargo, el otorgamiento de la licencia no debe entenderse en forma simple, sino que el propietario de la marca o el nombre comercial cuyo uso se permiten a un tercero, tienen el deber de supervisar o vigilar la calidad del producto o servicio prestado bajo dicha marca o nombre comercial. Las franquicias implican, que el franquiciatario o licenciatarario se sujeta a conducir el negocio, es decir, vender o producir el producto o prestar el servicio, de acuerdo con los métodos y procedimientos prescritos por el franquiciante, obligándose este último a asistir al franquiciatario en la publicidad, promoción de su negocio y en algunos otros servicios de asesoría para la producción de dicho negocio. También la franquicia ha sido definida como el contrato por virtud del cual una persona -franquiciante-, que ha desarrollado un patrón o fórmula para la conducción de un determinado tipo de negocio, otorga a otra persona -franquiciatario-, el derecho para operar uno de estos negocios utilizando dicho patrón o fórmula establecida.

Mientras el termino franquicia comprende un amplio margen de sistemas de comercialización, la generalidad de la comunidad empresarial piensa en una franquicia primeramente como una forma de explotar un negocio bajo una marca o nombre comercial ya conocidos. La esencia de cualquier sistema de franquicias, es el establecimiento de un negocio independiente en cuanto a

su propietario pero idéntico a otros, sujeto también a la supervisión del franquiciante cuya marca o nombre comercial está en riesgo por el uso que le da el franquiciatario vendiendo o produciendo bienes o servicios con una marca ya conocida, y que para los consumidores, sus productos cumplen con ciertos mínimos de calidad, características uniformes, etc.

Estas formas de control que se aplican al franquiciatario son un elemento fundamental del sistema de franquicias.

Por su parte Harold Brown establece que "...la naturaleza de la franquicia es difícil de definir; sin embargo, todos están de acuerdo en que en la franquicia debe existir una autorización de uso de una marca de un producto o de un servicio."<sup>18</sup> Este autor cita una definición genérica de la franquicia, misma que ha sido adoptada por una gran parte de las legislaciones de los Estados Unidos de Norteamérica, y que la define como un acuerdo verbal o escrito por un tiempo determinado o indefinido, en el cual una persona otorga a otra una licencia para usar un nombre comercial -trade name-, y que lleva implícito una comunidad de intereses entre las partes en el mercadeo de determinados productos o servicios prestados al público bajo dicha licencia.

---

<sup>18</sup> Harold Brown. Franchising and Remedies. Pag. 17.

Argeri, en su Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa, nos dice que franchising -franquiciar-, es "...un contrato que deriva de las necesidades del comercio y que ha sido definido como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos de producción y medios de venta."<sup>19</sup> Su objetivo es organizar la comercialización de los productos bajo un sistema unitario de ventas por intermedio de revendedores, disminuyendo gastos de distribución y con el fin de obtener mayores ganancias. Se asemeja, en el plano de la comercialización de los productos, al equivalente de una concesión de licencia de patente, y en expresión más generalizada resulta ser un instrumento de concentración de potencia económica y técnica de organización de mercados de productos o de servicios importando una licencia comercial. Su mecanismo funcional, que en líneas generales puede regularse por los principios de la concesión comercial, es el siguiente:

a) El concedente (franquiciante) otorga al concesionario (franquiciatario) el uso de una o varias marcas de un producto o servicio, y se obliga a hacer de su conocimiento determinados conocimientos de tipo comercial o industrial de carácter confidencial, relacionados con la producción, comercialización

---

<sup>19</sup> Saúl Argeri A Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa. Pág. 223.

distribución o venta de el producto o servicio, así como también los servicios que se hubieren convenido (transformación del negocio, presentación del local, análisis y estudio del mercado, publicidad, etc.);

b) Por su parte el concesionario se obliga a pagar al concedente, como retribución, un canon periódico provisional que se determina generalmente de acuerdo a las utilidades del negocio realizado.<sup>20</sup>

Por último, Robert E. Bond nos dice que la franquicia en su forma más básica es "...una técnica de comercialización de productos, o un método de hacer negocios, en virtud del cual una empresa madre (franquiciante) otorga, a través de un contrato de franquicia, a un propietario de un establecimiento (franquiciatario) el derecho de comercializar sus productos y servicios utilizando el nombre, reputación y técnicas de comercialización de la empresa madre."<sup>21</sup> Este autor también nos explica que después de haber seguido un largo y riguroso proceso de selección de un futuro franquiciatario, el franquiciante asiste al franquiciatario en la identificación del establecimiento donde se ubicará la unidad franquiciada, en la negociación de su renta o venta y en su acondicionamiento, en el empleo y capacitación del personal, y en general, en

---

<sup>20</sup> Ibidem. Pág 224

<sup>21</sup> Robert E. Bond. The Source Book of Franchise Oportunities. Pág.1

alistar el negocio para que inicie a operar. A cambio de esto, el franquiciatario paga al franquiciante una suma de dinero.

En opinión de Bond, la franquicia se caracteriza por una continua relación entre las partes que incluye no sólo el producto y servicio y la marca, sino también una estrategia de comercialización de dichos productos, manuales operativos y estándares de operación, controles de calidad y una cortina de comunicación entre franquiciante y franquiciatario. En retribución de esto, el franquiciatario se obliga a pagar una regalía fijada en un porcentaje de las ventas brutas del franquiciatario.

Una de las características mas importantes del contrato de franquicia, es la transmisión de conocimientos particulares de carácter técnico, de gran valor comercial e industrial, que siendo o no propiedad del franquiciante, tiene la facultad de hacerlos del conocimiento del franquiciatario, pues éstos conocimientos son determinantes en el éxito del negocio cuya explotación se propone en el contrato.

Los conocimientos a que se refiere el párrafo anterior, muchas veces constituyen secretos de carácter industrial, y por lo general se impone la obligación al franquiciatario de no revelar o divulgar tales secretos sin el consentimiento del

franquiciante. Adicionalmente a los secretos industriales que puedan ser objeto del contrato, pueden añadirse otros conocimientos, que sin constituir secretos industriales o de carácter confidencial, resultan necesarios para el franquiciatario, pues tales conocimientos son esenciales para uniformar la calidad de un producto en cuanto a su producción o en la prestación de un servicio, o para su comercialización, por lo cual aún cuando dichas fórmulas puedan ser mas o menos conocidas en el medio comercial o industrial, pueden ser extrañas al franquiciatario, sin embargo le son indispensables para cumplir con el contrato de franquicia.

El conjunto de conocimientos a que se refiere el párrafo anterior, se conoce comúnmente con la expresión anglosajona "*know-how*", cuya traducción al español significa *saber como* o *saber hacer*. En consecuencia, el know-how significa la técnica aplicada a algo. En virtud de que algunos negocios han probado su éxito en diversas lugares del mundo aplicando una misma técnica o know-how, dicha técnica se vuelve valiosa por si misma, pues muchas veces es el resultado de errores y nuevos intentos, de la búsqueda del éxito en un negocio, todo lo cual pudo haber implicado la inversión de mucho trabajo, de tiempo, de dinero, y de haber fracasado muchas veces, hasta lograr concretar alguna fórmula que casi con precisión matemática, y aplicada correctamente, conduce al resultado esperado.

Toda ésta experiencia o know-how, acumulada a lo largo del tiempo o como resultado de un golpe de suerte o de mera intuición en los negocios, es objeto del contrato de franquicia, pues es constituye la base principal de la técnica al amparo de la cual habrán de producirse o comercializarse los productos o servicios.

De las definiciones y explicaciones antes señaladas podemos observar que existen elementos comunes en las opiniones de los autores que resaltan las características principales del contrato de franquicia y, que a mi juicio, deben conformar la definición de esta figura jurídica. Dichas características son:

a) La existencia de dos partes: Por un lado el otorgante, licenciante, concedente o como le llamaremos en adelante: franquiciante; y por otro lado el beneficiario, licenciatarario, concesionario o en lo sucesivo: franquiciatarario.

b) La existencia de una marca o mas marcas bajo las cuales el franquiciante presta servicios, produce o vende productos al público.

c) La existencia de métodos, técnicas y estándares conforme a los cuales el franquiciante produce o vende sus

productos o presta sus servicios, generalmente de carácter confidencial.

d) Un acuerdo de voluntades entre franquiciante y franquiciatario.

e) El otorgamiento del derecho al franquiciatario para producir o vender productos o prestar servicios bajo dicha marca, conforme a los métodos y estándares del franquiciante durante un tiempo determinado y en un lugar específico.

f) El pago de una cantidad inicial como contraprestación a dicho otorgamiento.

g) La prestación de asistencia técnica por parte del franquiciante al franquiciatario durante la vigencia del contrato.

h) El pago de una regalía, consistente en un porcentaje de los ingresos que obtenga el franquiciatario por la explotación de la unidad o negocio franquiciado.

Habiendo identificado los elementos característicos o esenciales del contrato de franquicia podemos proponer la siguiente definición personal para esta figura jurídica:

El contrato de franquicia es el contrato en virtud del cual, una persona denominada franquiciante, transmite a otra, denominada franquiciatario, el derecho de uso de una o varias marcas y/o nombres comerciales, así como la transmisión de sistemas o conocimientos técnicos de carácter confidencial necesarios o útiles para la explotación y comercialización, con cierta exclusividad, de los productos o servicios de que se trate, a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de dicha explotación, durante el tiempo que exista el contrato.

### 1.3 Tipos de Franquicia

El Lic. Arce Gargollo nos dice que hay dos clases o subcategorías del sistema de franquicias, cada una de las cuales tiene sus propias características y áreas de negocio donde se desarrolla. Estas son:

a) Product and trade mark franchising (franquicia de producto y marca)...abarca una relación de ventas entre el proveedor y un distribuidor en la que el distribuidor (comerciante) adquiere cierta identidad de su proveedor.

b) Business format franchising (franquicia para crear y explotar una negociación), también llamada package franchising ...en la cual la relación entre franquiciante y franquiciatario generalmente incluye un producto o un servicio y una marca, un sistema de comercialización, manuales de operación, procedimientos, programas de entrenamiento, apoyo de publicidad y asistencia y guía del franquiciante durante la operación y desarrollo del negocio.<sup>22</sup>

De acuerdo con Charles Vaughn, las franquicias pueden ser agrupadas en cuatro categorías, de acuerdo con las posiciones que ocupen el franquiciante y el franquiciatario respectivamente:

a) Productor-comerciante al menudeo; por ejemplo: la industria automotriz o las estaciones de gasolina.

b) Productor-comerciante al mayoreo; por ejemplo: las embotelladoras.

---

<sup>22</sup> Arce Gargollo, Javier. Op. cit. Pág. 12.

c) Mayorista-comerciante al menudeo; por ejemplo: las farmacias y las refaccionarias.

d) Comerciante con marca de productos y servicios comerciante al menudeo; por ejemplo: las tiendas de comida rápida, las tiendas de autoservicio, etc.. que conforman el business format franchise o contrato de franquicia de formato.<sup>23</sup>

Las tres primeras podemos agruparlas en la llamada product and trademark franchising, o bien, franquicia de producto y marca, la cual diferenciamos del Business format franchising o franquicia para crear y explotar una negociación.

Cabe hacer notar que aun cuando a ambos tipos le son aplicables las mismas reglas y consideraciones que en este estudio expondremos, la última figura mencionada es la que en los últimos 20 años se ha desenvuelto con mayor rapidez, y en consecuencia, toma mayor campo de análisis en el presente trabajo.

---

<sup>23</sup> Charles Vaughn I. Op. cit. Pág 35.

Consideramos que es pertinente hacer esta distinción, no solamente para determinar totalmente la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, que es el objeto del presente apartado, sino también, porque esta distinción es de suma importancia, como veremos más adelante, para determinar cuales precisamente son sus efectos, y que leyes le son aplicables, quienes pueden ser partes o quienes no.

El maestro Sánchez Medal coincide igualmente al respecto sobre la importancia de esta distinción:

Es de gran trascendencia la división de los contratos en contratos civiles y contratos mercantiles, siendo éstos aquellos que constituyen alguno de los actos de comercio enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio. Esta clasificación es importante no sólo para efectos procesales y principalmente con el fin de determinar la vía procesal que ha de seguirse para plantear ante la autoridad judicial las cuestiones derivadas de un contrato, según sea civil, mercantil o mixto, sino también por algunas razones de fondo.

Esas razones de fondo que menciona el maestro Sánchez Medal, son importantes pues los contratos mercantiles en términos generales son consensuales, tal como lo prescribe el artículo 78 del Código de Comercio. Su perfeccionamiento entre

## CAPITULO II

### ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Una vez sentadas las bases históricas de nuestro tema y después de anotar las definiciones básicas es pertinente señalar algunos de los aspectos jurídicos más importantes en relación con este tipo de contrato para más adelante enumerar y explicar las diversas partes que componen a un contrato de franquicia.

En primer término debemos señalar que el Código Civil en su artículo 1793 dispone que: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."<sup>24</sup> A lo anterior cabe añadir, que para la existencia de un contrato es necesario que se exteriorice la voluntad, o sea, que haya consentimiento, y que haya objeto. Dicho consentimiento debe entenderse como "...el acuerdo de voluntades..."<sup>25</sup> y el objeto de dichos contratos se divide en: objeto directo que es la creación y transmisión de derechos y

---

<sup>24</sup> Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>25</sup> Ramón Sánchez Medaf. De los Contratos Civiles. Pág. 30.

obligaciones, y en objeto indirecto, que "puede consistir en un dar hacer o un no hacer."<sup>26</sup>

Según lo dispone el Código Civil en su artículo 2011, las obligaciones de dar pueden consistir en: "la traslación de dominio de cosa cierta, la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta y, la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."<sup>27</sup> Las obligaciones de hacer y de no hacer, consisten, según lo previsto por los artículos 2027 y 2028 del Código Civil respectivamente, en la prestación de un hecho y en la abstención de la realización de un hecho.

La franquicia, en particular, de acuerdo con la definición prescrita anteriormente, es un contrato, toda vez que es un acuerdo de voluntades cuyo objeto puede ser un dar, un hacer o un no hacer.

Igualmente la franquicia, tiene como efecto la creación y transmisión de derechos y obligaciones, ya que por virtud de su celebración una persona llamada franquiciante, se obliga a otorgar a otra llamada franquiciatario, el derecho de usar una marca y un know how y a proporcionarle asistencia técnica para la operación del negocio; por otro lado, el franquiciatario queda obligado a producir o vender los productos o prestar los

---

<sup>26</sup> Ibidem. Pág. 36.

<sup>27</sup> Código Civil para el Distrito Federal. Pág. 358.

servicios bajo la marca y el know how que se le transfiere en uso, así como al pago de una contraprestación y a no divulgar el know-how. Las anteriores obligaciones constituyen el objeto directo del contrato, es decir, la creación y transmisión de derechos y obligaciones.

En el contrato de franquicia, el objeto indirecto puede ser el derecho a usar tal o cual marca o la producción de tal o cual producto, una cantidad determinada como contraprestación, etc. ya que existe un dar, un hacer y un no hacer en términos de los artículos 2011, 2027 y 2028 del Código Civil, antes citados. Por un lado, el franquiciante se obliga a enajenar temporalmente el uso de una marca y de un know how (dar), por el otro lado, el franquiciatario se obliga a producir o vender bienes o prestar servicios bajo dicha marca y know how (hacer), etc. Por lo tanto, debemos concluir que la franquicia es un contrato, en los términos en los que lo regula la legislación civil antes citada.

Pero una vez que ha quedado demostrado que la Franquicia es un contrato, debemos distinguir sus demás características, y saber en primer lugar, si el contrato en análisis es de carácter civil o es de carácter mercantil.

Consideramos que es pertinente hacer esta distinción, no solamente para determinar totalmente la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, que es el objeto del presente apartado, sino también, porque esta distinción es de suma importancia, como veremos más adelante, para determinar cuales precisamente son sus efectos, y que leyes le son aplicables, quienes pueden ser partes o quienes no.

El maestro Sánchez Medal coincide igualmente al respecto sobre la importancia de esta distinción:

Es de gran trascendencia la división de los contratos en contratos civiles y contratos mercantiles, siendo éstos aquellos que constituyen alguno de los actos de comercio enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio. Esta clasificación es importante no sólo para efectos procesales y principalmente con el fin de determinar la vía procesal que ha de seguirse para plantear ante la autoridad judicial las cuestiones derivadas de un contrato, según sea civil, mercantil o mixto, sino también por algunas razones de fondo.

Esas razones de fondo que menciona el maestro Sánchez Medal, son importantes pues los contratos mercantiles en términos generales son consensuales, tal como lo prescribe el artículo 78 del Código de Comercio. Su perfeccionamiento entre

ausentes, se da conforme a la teoría de la expedición (Art. 80 del Código de Comercio)<sup>28</sup> en tanto que los contratos civiles entre ausentes se perfeccionan conforme a la teoría de la recepción (Art. 1807 del Código Civil)<sup>29</sup> por otra parte, en los contratos mercantiles no cabe la lesión (art. 385 del Código de Comercio) que en cambio sí es posible en los contratos civiles (art. 17 del Código Civil).

Ahora bien, existen criterios que la doctrina actual acepta en forma casi generalizada para distinguir los contratos mercantiles de los contratos que se refieren a otras materias.

El primero de estos criterios es el criterio objetivo el cual consiste en que un contrato será mercantil cuando su objeto sea alguno de los actos enumerados por el Código de Comercio, es decir, actos de comercio. El segundo de estos criterios es el criterio subjetivo, pero no en su concepción clásica que disponía que los contratos mercantiles eran aquellos que se realizaban por comerciantes, sino en una concepción moderna, que considera que "...serán mercantiles los

---

<sup>28</sup> "Art. 80.- Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada."

<sup>29</sup> "Art. 1807.- El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes".

actos realizados por empresas por considerar a ésta como eje del derecho mercantil.<sup>30</sup>

El contrato de Franquicia, desde el punto de vista de cualquiera de los dos criterios anteriores, es de carácter mercantil, pues si nos apegamos al criterio objetivo, antes mencionado, veremos que el contrato de franquicia puede ubicarse en varios de los supuestos señalados por las fracciones del artículo 75 del Código de Comercio. Concretamente se actualizan los previstos en la fracción I, porque en la celebración del contrato de franquicia se enajenan en uso marcas y know how, que son "...verificados con el propósito de especulación comercial". Actualiza de igual forma los supuestos previstos en las fracciones V, VI, VII, VIII, IX, X y XI, siempre que franquiciante o franquiciatario sean empresas o negocios de los descritos en las fracciones antes mencionadas.

Sin embargo, lo anterior es claro en cuanto a la fracción I del mencionado artículo 75 del código de Comercio, pues de la propia definición del contrato de franquicia se desprende su carácter eminentemente mercantil, pues su objeto es la explotación de una negociación entendida con el fin de lucro<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Oscar Vázquez del Mercado. Op. cit. Pág. 30.

<sup>31</sup> Roberto Mantilla Mojina Derecho Mercantil. Pág. 97.

Los actos de comercio así calificados por el artículo 75 y por las leyes especiales, corresponden a una de estas dos categorías:

a) Actos realizados con el fin de organizar, traspasar, explotar o liquidar una empresa mercantil, y

b) Actos que tengan por objeto cosas mercantiles (el dinero, considerado como cosa, no como medio de cambio y medida de valor, los títulos de valores, la empresa y sus elementos y los buques)

Por lo que respecta al segundo de los criterios, es decir, al criterio subjetivo, también encontramos justificación para ubicar al contrato de franquicia dentro del ámbito mercantil, ya que según Mantilla Molina, Negociación Mercantil, sinónimo de empresa, "...es el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro.

Por virtud del contrato de franquicia se concede al franquiciatario el derecho de usar una marca y un know how para la producción o venta de productos o para la prestación de

servicios al público consumidor; luego, lógico es concluir que el contrato de franquicia se deriva de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o negociación mercantil o que está vinculada a la actividad empresarial. Por lo tanto concluimos que la celebración de un contrato de franquicia siempre va a ser de carácter mercantil.

El contrato de franquicia, como hoy lo conocemos, es el resultado de una evolución histórica en las técnicas del comercio, misma evolución que ha dotado a la franquicia de elementos, características y efectos propios que la distinguen de todos los demás contratos típicos o atípicos que ya se conocían. Este contrato nace de la necesidad de que el mundo jurídico se adecue a los requerimientos que las relaciones comerciales exigían en la época en que este contrato surgió en su concepto moderno, como ya se trató en el primer capítulo. Por lo tanto, el contrato de franquicia es un contrato sui generis, ya que tiene una evolución propia que lo dotó de elementos, características y efectos propios que le aportan la naturaleza de ser de suyo propio y que lo distinguen de los demás contratos típicos y atípicos que le son afines.

## **2.1. Clasificación del Contrato de Franquicia.**

Para la clasificación del contrato de franquicia se atenderá a la clasificación de los contratos que en la doctrina se considera en relación con las relaciones que tienen con otros contratos, pues el objeto del presente trabajo pretende demostrar, como se menciona en la introducción, que el contrato de franquicia es una unión de contratos, pues el otro punto de vista de la clasificación de los contratos, que generalmente se acepta en doctrina, se refiere a los contratos considerados en sí mismos, considerando sus efectos, ya sea que produzca obligaciones para todas las partes que intervengan o que las genere solamente para alguna o algunas de ellas, o que produzca provechos y gravámenes recíprocos, o que los produzca solamente para alguna de las partes, o que estén reglamentados en ley o no tengan ésta reglamentación, o desde el punto de vista de la formalidad necesaria para su perfeccionamiento, etc. Sin embargo, desde se habrá de mencionar la clasificación del contrato de franquicia también considerado en sí mismo para dar un panorama mas amplio, y que su comprensión sea mas fácil en este estudio.

Al estudiar los contratos desde el punto de vista de las relaciones que tal contrato puede tener con otros contratos, se pueden clasificar en contratos *Mixtos* o *Complejos* y *Simples*.

En cuanto a los contratos Mixtos o Complejos, se encuentran prestaciones que corresponden a diversos tipos de contratos, es decir, hay varios contratos contenidos en uno sólo, ya sea por que así lo han querido las partes o porque haya alguna reglamentación de ésta naturaleza, tal como el contrato de hospedaje. En este contrato, que se encuentra regulado en el código civil, se subsume un contrato de arrendamiento, pues el hostelero proporciona el uso y goce de una habitación; pero también se ha contrata la alimentación, y en consecuencia existe contrato de compraventa. Pero también existe la prestación de servicios que el hostelero da al huésped, por ejemplo, la limpieza de la habitación; se habla también de un contrato de depósito tácito por las cosas que el huésped introduce a la habitación, en garantía del pago del hospedaje.

La clasificación de los contratos mixtos o complejos en contraposición a los simples, se clasifica también con lo que en doctrina se conoce como clasificación Alemana o Germana, de los contratos atípicos, uniones de contratos, etc., en contratos principales y accesorios; los preparatorios y los definitivos.

La clasificación de los contratos considerados en sí mismos, es una clasificación que se debe a Planiol en el tomo II de su Tratado Elemental del Derecho Civil. "Planiol dice que

los contratos deben estudiarse atendiendo al objeto que persiguen. Ustedes recuerdan que pueden tener por objeto los contratos, cosas o hechos, positivos o negativos; es decir, abstenciones. El objeto de los contratos no es amplio, se reduce a cosas o hechos, positivos o negativos; es decir, abstenciones. El objeto de los contratos no es amplio, se reduce a cosas (incluso derechos) y hechos, y Planiol, piensa que combinando simplemente el objeto de los contratos con algunos otros puntos de referencia (para emprender una obra de clasificación) tales como finalidad de las partes, reciprocidad de las ventajas, etc., pueden formularse verdaderas tablas de contratos que engloben a cualquiera de ellos, sea de los nominados, sea de los que hace referencia la doctrina, sea de los contratos que los particulares pueden formar combinando varios de ellos."<sup>32</sup>

Entrando ya de lleno a la clasificación de los contratos desde el punto de vista comentado, tenemos las siguientes clasificaciones:

a).- Contratos en principales y accesorios.

---

<sup>32</sup> Francisco Lozano Noriega. Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, quinta edición, 1990. Asociación Nacional del Notariado Mexicano Pág. 39.

El contrato de franquicia considerado en sí mismo es un contrato principal pues tiene autonomía jurídica propia. A contrario sensu, no depende de la existencia de otro contrato para su validez.

b).- Contratos preparatorios y definitivos.

El contrato de franquicia es un contrato definitivo, pues no sirve como preparatorio para otro contrato posterior.

c).- Contratos mixtos o complejos en oposición a los contratos simples.

Un contrato mixto o complejo es aquel en el que se encuentran prestaciones de distintos tipos de contratos. El contrato simple es un contrato reglamentado que produce las obligaciones típicas de ése contrato.

En el caso de la franquicia, se encuentra la obligación del franquiciatario de otorgar el uso de una o varias marcas (arrendamiento) con el fin de que el franquiciatario produzca o comercialice productos o servicios con dicha marca, y con los conocimientos técnicos que el franquiciatario revele al franquiciante, con la asesoría técnica para el uso de los mismos, (prestación de servicios), a cambio de una

contraprestación que el franquiciatario está obligado a entregar.

En la mayoría de los contratos de franquicia, existe también entre las partes, sin que esto sea un elemento esencial en el contrato, la celebración de un contrato de compraventa por suministro, en el que el franquiciante se obliga a suministrar materia prima para la producción de la mercancía que será objeto de venta.

Asimismo y dentro de la clasificación de los contratos estudiados en sí mismos, se distingue a los contratos unidos, que a diferencia de los contratos mixtos, son contratos distintos pero no son autónomos, son contratos que están íntimamente relacionados a por que así lo han querido las partes; son todos contratos que podrían existir en forma separada, pero las partes han querido unirlos, agruparlos para que los efectos de un contrato repercutan en los efectos del otro contrato. Esta distinción la hace con toda precisión Enneccerus.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> De unidad del contrato puede hablarse: 1º, en relación al acto de la conclusión del contrato; 2º, en relación al contenido unitario; 3º, en relación al trato jurídico, que puede ser el mismo aún en el supuesto de contenido diferente; 4º, en relación a la recíproca dependencia de unas partes del contrato respecto a las otras, dependencia que puede existir también en el supuesto de trato diverso a los demás, porque de todos modos las partes surgen y desaparecen conjuntamente.

## TESIS DE ENNECCERUS

Enneccerus llama a los contratos nominados, contratos típicos; y a los contratos innominados, contratos atípicos.

Dice Enneccerus que los contratos atípicos, o lo que equivale en nuestra terminología a los contratos innominados, provienen, por regla general de dos cosas: 1ª, que las partes celebran contratos mixtos, es decir convienen prestaciones que corresponden a diversos tipos de contratos y entonces forman un contrato atípico, innominado que no está reglamentado en ley porque han introducido prestaciones que corresponden a diversos tipos de contratos. Por regla general los contratos mixtos no son objeto de reglamentación. 2ª, otras veces, dice Enneccerus, las partes en realidad están celebrando un contrato que no tiene equivalente en los contratos típicos porque están introduciendo innovaciones dentro de los contratos y entonces el resultado de todas esas innovaciones es la formación de un contrato que no está reglamentado, dentro de un contrato atípico.

En el estudio de éstos contratos, Enneccerus distingue los contratos unidos y los contratos Mixtos y complejos. Dentro de los **unidos** distingue los siguientes tipos de uniones:

a).- Unión externa.- Que no tiene ninguna trascendencia jurídica. Esto, según Enneccerus, sucede cuando en un sólo documento se formalizan dos o mas contratos que no tienen relación entre sí, y suceden por la circunstancia del momento de su celebración,<sup>34</sup> pero no están ligados dichos contratos de ninguna manera.

b).- Unión recíproca.- En este caso, se han unido dos o mas contratos, sin embargo, la diferencia con el caso anterior, es que ahora éstos contratos guardan íntima relación entre sí y se encuentran vinculados de manera que aún cuando las prestaciones de tales contratos se pueden analizar y cumplir de manera separada, sus efectos han querido darse vinculados con otro contrato, de manera que un contrato sin el otro no deban subsistir, pues se han querido los efectos de un contrato ligados o queridos con los efectos de otro contrato, sin los cuales las partes no querrían ninguno, o que queriéndolos no tendrían para las partes la misma importancia que ligados con otras prestaciones. En consecuencia, es la intención de las partes, y no el acto de su formación, como en el caso anterior lo que conlleva a la unión de los contratos.<sup>35</sup>

c).- Unión con dependencia unilateral.- A diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, no es cada contrato el que influye

---

<sup>34</sup> Por ejemplo, la forma escrita, que contiene a las vez dos contratos.

<sup>35</sup> Enneccerus, Derecho Civil. Tomo II. Volúmen II, 1ª parte, Pág. 8.

en la existencia del otro contrato, sino que es uno sólo de los contratos el que influye en el otro. Este ejemplo se encuentra en nuestro derecho positivo en los contratos de garantía. Por ejemplo se celebran un contrato de mutuo y uno de hipoteca para garantizar la suma de dinero que a consecuencia del mutuo se entregó al deudor. En el ejemplo anterior, desde luego podemos afirmar que el mutuo puede existir sin el contrato de hipoteca, puesto que el mutuo es un contrato principal. Sin embargo no podemos concebir la existencia del contrato de hipoteca sin el contrato de mutuo, pues la hipoteca es accesoria, pues es un contrato de garantía, en consecuencia, la existencia de la hipoteca está supeditada al mutuo, por lo cual, si la cantidad mutuada se paga, la hipoteca se extinguirá. Por otra parte, si el acreedor renuncia a la hipoteca, eso no afectará en lo absoluto al contrato de mutuo.<sup>36</sup>

Por lo anterior, se dice que la unión en éstos contratos es unilateral, pues sólo uno de los contratos es dependiente del otro.

d).- Unión con forma alternativa. En ésta forma de unión uno de los contratos necesariamente habrá de extinguirse y el otro subsistirá.<sup>37</sup> Este caso puede ser, por ejemplo, el contrato de compraventa con reserva de dominio, en la cual el comprador

---

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> Idem.

tiene la posesión de la cosa, y como lo dispone el artículo 2312 del código civil, se considerará como arrendatario. En este caso, existe un contrato de arrendamiento y un contrato de compraventa, ambos están sujetos a la misma condición, sin embargo, el cumplimiento de dicha condición extinguirá el arrendamiento, y hará exigible la compraventa; para el primer contrato, la condición es resolutoria; y para el segundo contrato; la condición es suspensiva.

El carácter alternativo de ésta clasificación se da porque solamente habrá de subsistir uno sólo de los contratos, pero no ambos.

Respecto de los contratos mixtos, Enneccerus distingue tres tipos de contratos. Aquí no se refiere Enneccerus a una pluralidad de contratos unidos entre sí, mas bien se refiere a un contrato unitario, pero cuyos elementos esenciales, se encuentran regulados parcial o totalmente, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contrato, a saber:

a).- Los contratos combinados o gemelos, que consisten en que la prestación a cargo de una de las partes es única, pero la prestación a cargo de la otra parte corresponde a diversos tipos de contratos. Un ejemplo claro de esto, es el contrato de hospedaje, en el cual el hostelero, se obliga a transmitir el

uso de la habitación, a dar los alimentos y a servir como depositario. A cambio de todo lo anterior, el huésped solamente paga el precio.

b).- Contratos mixtos en sentido estricto propio.- las obligaciones de los contratantes, caben en dos contratos, es decir, las prestaciones de ambas partes pueden ser de contratos diferentes, como puede ser la donación onerosa, que es la que se hace imponiendo cargas al donatario.

c).- Contratos de doble tipo.- En este tipo de contratos, si se considera la prestación de uno de los contratantes, se puede clasificar al contrato dentro de otro tipo de contrato. Pero considerando la prestación del otro contratante se debe considerar a ese contrato como otro contrato típico en particular.

d).- Contratos típicos con prestaciones accesorias.- La última categoría de los contratos mixtos, según Enneccerus, es la de los contratos típicos con prestaciones accesorias que corresponden a otro contrato, como en un contrato de arrendamiento en el que también se prestan ciertos servicios. Aquí el contrato típico es el de arrendamiento, y las prestaciones accesorias son las de la prestación de servicios.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Ibidem. Pág. 10.

Expuesta la tesis de Enneccerus, dejaremos por el momento de lado las conclusiones en cuanto a la clasificación del contrato de franquicia acorde con la tesis expuesta, pues tales conclusiones se verán en el capítulo, pues se refieren al análisis fundamental de éste trabajo. Entonces procederemos a clasificar el contrato de franquicia de acuerdo con un criterio de clasificación tradicional, de acuerdo al cual, dicho contrato de franquicias puede ser clasificado de la siguiente manera:

- a) Bilateral: porque como lo establece el artículo 1836 del Código Civil "...produce obligaciones para las dos partes contratantes."; porque las partes en este contrato se obligan recíprocamente.

Claramente se denota que del contrato de franquicia nacen obligaciones entre las partes; ahora bien, consideramos que estas obligaciones a cargo de una y otra parte son recíprocas, es decir, que existe una interdependencia entre la obligación a cargo de una parte y la obligación a cargo de la otra, de tal manera que si una de las obligaciones, no nace al celebrarse el contrato, (por ejemplo: el franquiciante pierde la titularidad de la marca o el derecho a disponer de su uso), tampoco nace la

obligación a cargo de la otra parte (por ejemplo: pago de la cantidad a que se obligó por el otorgamiento del derecho de uso de dicha marca), por que en tal caso se estaría ante un contrato al que le faltaría un elemento de existencia.

- b) Mercantil: ya que las partes que intervienen en la celebración del contrato de franquicia son comerciantes y evidentemente el propósito de celebrar este contrato constituye una especulación comercial, de conformidad con lo dispuesto por la fracción I del artículo 75 del Código de Comercio (con las excepciones comentadas en el capítulo anterior).
- c) Oneroso: ya que como lo establece el artículo 1837 del Código Civil "...en la mayoría de los casos se pacta una contraprestación, hay derechos y gravámenes recíprocos." Es decir, se estipula provechos y gravámenes recíprocos.
- d) De colaboración: conforme a una clasificación de los contratos mercantiles, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra.
- e) Intuitu personae: Para el franquiciante respecto del franquiciatario, porque se celebra en base a las características personales del franquiciatario; sobre la base

de confianza, pues la imagen de la marca está de por medio y puede desprestigiarse con un mal uso. Asimismo recordemos que se transmiten conocimientos y asistencia técnica, que pueden constituir secretos industriales cuya divulgación haría que su valor disminuyera o se extinguiera si entran en el dominio público.

F) Formal o Consensual; Cuando el contrato de franquicia se celebra en el momento en el que también se concede la licencia de uso de marca, entonces es formal, pues la licencia de uso de marca, conforme al art. 136 de la LEFOPPI, debe celebrarse por escrito e inscribirse en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros. Por otra parte, debemos distinguir, si el contrato de franquicia será civil o mercantil, pues en caso de ser mercantil, es consensual, cuando la licencia de uso de marca se otorgó con anterioridad, y solamente se celebra el contrato de franquicia considerando la licencia de uso de marca ya concedida con anterioridad, y añadiendo la transmisión de los conocimientos técnicos o know how, pues la LEFOPPI, no requiere la inscripción de los contratos de franquicia, solamente la de licencias de uso de marca, con lo cual si ya obra inscrita tal licencia, el contrato de franquicia no requiere de mayor formalidad. Así, el artículo 78 del Código de Comercio, establece que en las convenciones mercantiles, cada uno se

obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Pero será formal también en el caso en que el contrato sea civil, pues el Código Civil, en su artículo 1796, establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. El contrato de arrendamiento, es un contrato en virtud del cual una persona concede a otra el uso o goce temporal de una cosa, obligándose la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto y en dinero (debemos recordar que la licencia de uso de marca no es sino un contrato de arrendamiento). Por su parte, el artículo 2406, del Código Civil establece que el contrato de arrendamiento debe constar por escrito.

g) Es de tracto sucesivo: Sus prestaciones se cumplen periódicamente a través del tiempo.<sup>39</sup>

h) Atípico: porque no está regulado en la legislación mexicana en cuanto a la relación de derecho privado entre las partes contratantes. La regulación de la LEFOPPI es de carácter administrativo y registral.

---

<sup>39</sup> Véase Ramón Sánchez Medal. Op. cit. Pág. 120.

i) Conmutativo: porque las prestaciones a que se obligan las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o pérdida que les cause éste. Podría argumentarse que el contrato de franquicia es de carácter aleatorio, ya que el beneficio o pérdida del franquiciante, por lo que hace a las regalías, y del franquiciatario, dependerá de un hecho incierto como es el volumen de ventas que tenga éste en la explotación del negocio franquiciado. Sin embargo, tendríamos que agregar, como lo hace Sánchez Medal,<sup>40</sup> que ante la generalidad o deficiencia del concepto dado por el Código Civil para los contratos aleatorios, en su artículo 1838, que dispone que: "...el contrato oneroso es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice..."<sup>41</sup>; hay que agregar que para que un contrato sea aleatorio, debe haber reciprocidad y ser alternativo entre la ganancia de uno y las pérdida experimentada por el otro. De esta forma el contrato será aleatorio, por oposición a los conmutativos, cuando el valor concreto de la prestación o de la contraprestación depende de un factor incierto que puede actuar en ventaja, de una parte

---

<sup>40</sup> Ramón Sánchez Medal, Op. cit. pág. 119.

<sup>41</sup> Idem.

contratante y en contra de la otra; de lo que se desprende que el contrato de franquicia no es de carácter aleatorio, ya que en este particular contrato es de los de colaboración, como hemos explicado anteriormente.

- j) Translativo de uso: por que transmite el derecho a usar una marca o nombre comercial determinado y un know how.
- k) Principal: Ya que no necesita de algún otro contrato para existir.
- l) Mixto: por que siendo un contrato unitario, sus elementos esenciales de hecho están regulados por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contratos.
- m) Definitivo: por que las partes que intervienen en un contrato de franquicia no necesitan, necesariamente, celebrar un contrato posterior.

## 2.2. Elementos del contrato de Franquicia.

Para estudiar los elementos de este particular contrato, seguiremos a la doctrina española que estudia los elementos

personales, los elementos reales y los elementos formales de cada contrato. Sin embargo, consideramos que antes de entrar de lleno en el estudio de los elementos personales de este tipo de contrato, es necesario hacer la advertencia referida a la divergencia de opiniones que existen en la denominación de las partes que integran este contrato.

Por un lado el RLRTT los denominaba proveedor y adquirente (artículo 23); en la práctica algunas personas las denominan licenciante y licenciataria, lo cual deriva de la licencia necesaria para el uso de la marca que debe existir entre el titular de la marca y la persona a quien se le otorga; otros prefieren utilizar el término franquiciador y franquiciado, utilizado en la doctrina española, o bien, franqueador y franqueado, por nuestra parte, nos parece más adecuado utilizar el nombre de franquiciante y franquiciataria para identificar a las partes que integran este contrato; tanto porque los dos primeros términos son muy generales, como porque el tercero de los vocablos antes citados, aun cuando ya es específico al contrato del que tratamos, carece de adecuada significación, pues no deja una idea clara respecto a quién es el otorgante de la franquicia y quién es el beneficiario de la misma, cosa que sí resulta de los términos por nosotros seleccionados, que además se han utilizado ya en México de manera generalizada; por otro lado, es importante hacer notar

que la LEFOPPI no define los elementos personales del contrato de franquicia.

### **Elementos personales**

Hecha la aclaración debemos comenzar por estudiar la figura del franquiciante quien es la persona que, por virtud del contrato de franquicia, otorga al franquiciatario, el derecho o licencia de uso de una marca, y un know how o los conocimientos de carácter industrial, comercial o administrativo bajo los cuales el franquiciatario se obliga a producir o vender productos o prestar servicios; igualmente es quien se obliga a prestar al franquiciatario asistencia técnica para la operación de su negocio.

En cuanto a la capacidad, como elemento de validez de los contratos, debemos distinguir entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Respecto a la primera, se alude a la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones; por lo que toca a la segunda se dice que se da cuando la persona tiene aptitud para ejercer por sí misma sus

derechos o asumir sus obligaciones. En cuanto a la capacidad de contratar, que consiste en la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar un contrato; a contrario sensu, habrá incapacidad de obrar de ejercicio a propósito de los contratos, cuando una persona no pueda celebrar por sí misma un contrato, pero esté en aptitud de hacerlo a través de su representante.

En términos de lo establecido en la LEFOPPI, en su artículo 142, se establece que la franquicia existirá cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios, de manera uniforme y con los métodos operativos...quien conceda una franquicia deberá proporcionar... la información relativa sobre el estado que guarda su empresa...etc., de lo que se deduce que el franquiciante es comerciante pues la ley habla de empresa, aún cuando esto no debe entenderse necesariamente en el sentido comercial de la palabra, pues como quedó anotado anteriormente, cabe la posibilidad de que en la prestación de servicios no haya comercio, como puede ser en una sociedad civil, y en consecuencia puede ser que el contrato sea civil. Seguramente la LEFOPPI se refiere al término empresa, por que casi siempre el carácter de la partes en un contrato de franquicia, es de

comerciantes, así como por su objeto, que regularmente es de carácter comercial. En nuestra opinión, si es posible un contrato de franquicia de carácter civil.

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Código de Comercio, se reputan comerciantes:

I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Sin embargo, como afirma correctamente Vázquez del Mercado, la capacidad a que se refiere el Código de Comercio en la disposición antes transcrita, es la capacidad de ejercicio ya que la capacidad de goce se refiere a la aptitud de una persona para ser comerciante, que la tiene, por regla general, cualquier persona.

Por lo que toca a la capacidad de ejercicio para contratar, el franquiciante deberá tener la capacidad para ejercer el comercio. Siguiendo a nuestro Código de Comercio, encontramos que éste dispone en su artículo 5, que "...toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.

Conforme al artículo 1798 del Código Civil, son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley; excepciones que se encuentran en el artículo 450 del mismo ordenamiento, el cual dispone que son incapaces los menores de edad, los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas,...siempre que debido a la limitación,... esto les provoque que no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

En caso de ser una sociedad mercantil, deberá incluir dentro de su objeto social, la celebración de este tipo de contratos, o bien, la enumeración de las actividades que por

virtud del contrato de franquicia, resultaría obligada. También podría quedar ubicada la capacidad de las personas morales, en la frase frecuente que aparece en sus escrituras constitutivas, mediante la cual se menciona que "...la sociedad mercantil, podrá realizar o celebrar todos aquellas actos o contratos tendientes a la realización de su objeto social.

Si el franquiciante adolece de la capacidad de ejercicio para contratar, el contrato, nos dice el maestro Sánchez Meda, está viciado de nulidad relativa.<sup>42</sup>

Ahora bien, en cuanto al franquiciatario, comenzaremos por decir que es aquel que a cambio del pago de una contraprestación, adquiere el derecho a producir o vender un bien o a prestar un servicio bajo la imagen corporativa del franquiciante y al amparo de determinada marca cuya licencia se otorgue por el franquiciante.

Respecto a la capacidad como elemento de validez del contrato, el franquiciatario deberá tener la capacidad general para contratar, reproduciendo lo dicho a este respecto en lo que respecta al franquiciante, con excepción a lo que se refiere a que el franquiciante deberá reunir la calidad de ser comerciante -si literalmente entendemos lo establecido en el

---

<sup>42</sup> Ramón Sánchez Meda. Op. cit. Pág. 46.

art. 142 de la LEFOPPI- y la posibilidad de ejercerlo, ya que el franquiciatario puede ser o no serlo, independientemente de que por virtud de la celebración del contrato de franquicia, se convierta en comerciante.

El franquiciatario debe reunir ciertas calidades que no están previstas en la ley, sino que lo impone el franquiciante para poder tomarlo en consideración para la celebración de este tipo de contrato. Estas condiciones pueden ser de diversa índole, atendiendo principalmente al franquiciante, quien buscará que en la reunión de estas se encuentre lo que se ha llamado el perfil del franquiciatario. De entre las normas más comunes están:

a) Tener determinada profesión o experiencia en el ramo de que se trate el negocio a franquiciar. 1

b) Tener solvencia económica y capacidad crediticia y financiera aceptable.

c) Tener un perfil psicológico conveniente para el franquiciante.

d) Aprobar el programa inicial de capacitación a satisfacción del franquiciante.

e) Contar con un local comercial, industrial o de servicios, según sea el caso, donde se establezca la unidad franquiciada, ya sea en concepto de dueño o de arrendatario, y que dicho local reúna determinadas condiciones físicas (ubicación, superficie, instalaciones y decoración) y jurídicas (propiedad libre de gravámenes o contratos de arrendamiento o subarrendamiento con determinadas cláusulas) fijadas por el Franquiciante.

Estas condiciones o calidades que debe reunir el franquiciatario para poder tener la aptitud, a juicio del franquiciante, para la celebración del contrato de franquicia, se encuentran generalmente en las solicitudes o formas, exámenes y contratos que el futuro franquiciatario debe elaborar o celebrar, según el caso, para entrar a lo que se llama el procedimiento de selección del futuro franquiciatario. Estas solicitudes, formas o contratos previos a la celebración del contrato de franquicia, se determinan de acuerdo al procedimiento que siga el franquiciante para la selección de sus franquiciatarios, variando en cada caso según en franquiciante de que se trate.

Sin embargo, no son estos los únicos elementos del contrato de franquicia pues nos faltan por analizar, entre

otros, la marca ya que ésta tiene una gran importancia dentro del contrato de franquicia.

Las marcas han sido consideradas como la esencia de las franquicias debido a que éstas son un símbolo tangible en el negocio del franquiciante y de su goodwill (éste término se puede traducir al español como clientela, es decir, la vinculación y propensión de los compradores a adquirir un producto de una firma en particular.) Si un franquiciante es titular de una marca que el consumidor asocia con un determinado producto o servicio deseable, habrá más posibilidad de que un cliente potencial adquiriera ese producto o utilice ese servicio y, por ende, habrá más probabilidad de que un futuro franquiciatario pretenda adquirir una franquicia de éste franquiciante.

Es de interés para ambas partes de éste contrato que las marcas cedidas en uso al franquiciatario continúen representando una asociación favorable entre éstas y los productos o servicios ofrecidos en los negocios franquiciados y de aquellos con éstos últimos también. Para lograr esto, el franquiciante deberá pactar en el contrato ciertas limitaciones a los franquiciatarios, para que estos operen en las unidades franquiciadas conforme a ciertos estándares o patrones determinados por él.

La marca la podemos definir desde dos puntos de vista; por un lado, desde el punto de vista económico y por otro lado, desde un punto de vista jurídico.

Conforme al primero de estos decimos que la marca es un signo que tiende a que la clientela identifique una mercancía o un servicio con estándares de calidad y garantía ya conocidos.<sup>43</sup>

De acuerdo al segundo punto de vista podemos definir a la marca como un signo distintivo que permite a su titular (fabricante o comerciante) distinguir sus productos o servicios de los de la competencia. La marca es "...el vehículo que utilizan las empresas para captar clientela y dominar los mercados...",<sup>44</sup> y desempeña un papel primordial en la comercialización de los productos y servicios.

El incremento en el número y variedad de bienes que genera el aparato productivo, fortalece la presencia de las marcas en el mercado, porque ellas constituyen el único instrumento que tiene a su disposición el consumidor para identificarlos y poder seleccionar el de su preferencia. Es por ello que la marca lleva implícito el goodwill, o sea, la clientela. Esta clientela no puede sentirse o pesarse, ni medirse, pero tiene

---

<sup>43</sup> Ibidem. Pág. 54

<sup>44</sup> Idem.

un valor económico y se compra y se vende, por lo tanto debe identificarse con símbolos, que son, por lo regular, las marcas.<sup>45</sup>

La marca es de vital importancia, pues el franquiciante debe tener determinados elementos patrones, métodos y procedimientos que lo diferencien del resto de la competencia. Uno de estos elementos es la marca que permite el empleo de métodos modernos de publicidad, mercadeo y venta de productos, y como sabemos, uno de esos métodos de mercadeo de productos que ha tenido éxito en las últimas décadas, es el que se realiza a través del contrato de franquicia.

En algunas ocasiones la concesión del derecho al uso de la marca viene acompañado de la autorización para usar el nombre comercial, que en la mayoría de las ocasiones coincide con el nombre de la marca ya que en las franquicias la marca sirve como identificación del negocio franquiciado y no como identificación de un producto o servicio, según lo señala Alvarez Soberanis, quien también nos dice que el nombre comercial es usado como marca. De igual forma el otorgamiento para usar una marca puede ir acompañada de la autorización para utilizar determinadas patentes o derechos autorales, o inclusive, de otras marcas que no correspondan a las del

---

<sup>45</sup> *Ibidem*. Pág. 56.

negocio franquiciado. Estas circunstancias serán variables dependiendo del negocio del que se trate; sin embargo, hay que destacar que el otorgamiento del derecho de uso de una marca no puede faltar en la celebración de este particular contrato, para que sea contrato de franquicia.

La importancia del otorgamiento del derecho de usar una marca dentro del contrato de franquicia está reconocida por la LEFOPPI ya que en su artículo 142 dispone que: "...existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de una marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue..."<sup>46</sup>

Otro elemento importante dentro del contrato de franquicia es el Know how, el cual es cedido al franquiciatario por el franquiciante. Alvarez Soberanis nos dice que los conocimientos técnicos pueden ser de la más variada forma, pero se relacionan, sobre todo, con los procesos de fabricación. Por eso, es frecuente que se les identifique con la tan usual

---

<sup>46</sup> Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

expresión know how. Esta expresión, elipsis de know how to do it, es de origen americano, circulando desde 1943 en el lenguaje corriente; significa, según palabras de Alvarez Soberanis, "...pericia técnica y habilidad práctica para ejecutar fácil y eficientemente una operación complicada.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), identifica a los conocimientos técnicos con el know how y define a éste último como "la información o la maestría para una fabricación industrial o para la organización de una empresa industrial. Otros autores indican que existen más de un centenar de definiciones del know how; mientras que unos opinan que éste, es todo tipo de conocimiento comercial que pueda ser objeto de un contrato con licencia, salvo lo que pueda considerarse puro secreto comercial, otros comprenden bajo tal expresión el conjunto de derechos que alguien posea sobre fórmulas y procedimientos secretos.

No obstante las enormes dificultades que existen para conceptualizar el know how, desde un punto de vista eminentemente jurídico no parece ser imposible. Desde este punto de vista podemos decir que know how, puede traducirse como el conjunto de conocimientos técnicos no patentados

económicamente de los cuales disponga un sujeto con carácter secreto o no y que sea susceptible de transmisión.

En el contrato de franquicia el know how, que el franquiciante transmite en el uso al franquiciatario está constituido por métodos y patrones, conforme a los cuales el franquiciatario debe producir o vender los productos o prestar los servicios, con el propósito de que este lo haga de manera uniforme, es decir, que los productos producidos o vendidos por el franquiciatario, guarden siempre la misma calidad y especificaciones que el franquiciante les ha imprimido, no importando el lugar en que se ofrezcan o por quien se ofrezcan; o bien, que los servicios prestados por dicho Franquiciatario, se presten en la misma forma que el franquiciante prescribe y con la misma eficiencia que el franquiciante ha desarrollado, sin importar el lugar y la persona que los preste.

Estos métodos y patrones pueden haber sido desarrollados por el franquiciante a través de la experiencia, o bien, pueden haber sido adquiridos por éste por medio de un contrato de Franquicia Maestro, o por algún otro negocio jurídico pertinente.

Los métodos y patrones son de carácter administrativo y operativo del negocio franquiciado y de comercialización de los

productos producidos u ofrecidos en venta, o de la prestación de servicios.

El know how, se transmite al franquiciatario en diferentes formas, como son, el programa de entrenamiento inicial que el franquiciatario debe cursar y aprobar antes de que se le otorgue la franquicia y como condición a dicho otorgamiento ; otra forma es la consistente en los manuales operativos del negocio franquiciado, así como las enmiendas que se les hagan de tiempo en tiempo; por último, se transmite al franquiciatario a través de la asistencia técnica que presta el franquiciante al franquiciatario.

Hay que recordar que la franquicia lleva implícita una comunidad de intereses entre franquiciante y franquiciatario, ya que además de que el franquiciante percibe una cantidad determinada por el otorgamiento del derecho de uso de la marca y el know how, también es acreedor del pago de un regalía periódica cuantiosa en una cantidad igual a determinado porcentaje de los ingresos netos del franquiciatario; asimismo, en algunas ocasiones, el franquiciante encuentra su fuente de ingresos en la venta de materias primas o de productos semiterminados o terminados que el franquiciatario va a vender en su negocio o de los cuales se compone el servicio que se va

a prestar al público, por lo que en la medida en que el franquiciatario sea exitoso lo será también el franquiciante.

El contrato de franquicia se caracteriza por una continua simbiosis económica entre las partes, ya que como recordamos uno de los puntos clave de la evolución del contrato de franquicia como método de hacer negocios, es el aprovechamiento por parte del franquiciatario, de los servicios que la prestará el franquiciante, dentro de los cuales los más comunes son:

- a) Apoyo técnico para el análisis y localización, así como la viabilidad económica del establecimiento o punto de venta.
- b) Asistencia para la selección y compra de equipo.
- c) Proyecto y ejecución de instalaciones.
- d) Entrenamiento y capacitación técnica y gerencial para ventas.
- e) Participación en cooperación y asesoría, y publicidad y promociones.

f) Aportación de procedimientos contables así como de apoyo para ventas.

g) Centralización de compras e instrucciones para el control de inventarios.

h) Orientación financiera y de análisis de balances.

i) En ocasiones, ayuda financiera para la adquisición de la franquicia y el establecimiento del negocio de que se trate.

j) Continuidad en la prestación de estos servicios.

Ahora bien debemos referirnos al tiempo determinado porque como señalábamos anteriormente, las obligaciones del franquiciante y del franquiciatario están sujetas a un tiempo determinado.

Desde un punto de vista económico, debido a que en los contratos de franquicia se requieren de fuertes inversiones por parte del franquiciatario para el establecimiento del negocio de que se trate, el plazo que se establece no debe de tener la posibilidad de ser menor a aquel en que se requiera para la recuperación de la inversión del franquiciatario, en

situaciones pesimistas o normales, conforme a estudio financiero y de mercado que se haga. De tal suerte entonces que aun cuando en derecho si puede darse un contrato de franquicia por tiempo indeterminado en la práctica no se da.

Adicionalmente, en los contratos de franquicia suele establecerse un derecho de renovación para el franquiciatario del contrato, por uno o más períodos iguales o diferentes, cuyo procedimiento y plazo es convenido entre el franquiciante y el franquiciatario.

El Plazo en el contrato de franquicia se establece tanto en favor del franquiciante como del franquiciatario, en consecuencia, no puede haber renuncia unilateral al mismo. Por lo que conforme al artículo 1949 del Código Civil, a la parte que pretenda dar por terminado el contrato unilateralmente antes de la expiración de la vigencia, puede exigírsele, ya sea el cumplimiento forzoso de la obligación o el pago de daños y perjuicios, debido a que estamos frente a un contrato bilateral o sinalagmático. Es recomendable se establezca una pena convencional para éste caso y, así evitar la difícil cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por la parte afectada por la terminación unilateral del contrato.

En el contrato de franquicia, se determina el área de explotación del negocio. Conforme a la determinación de esta área, podemos clasificar al contrato de franquicia en dos tipos:

- a) El contrato de Franquicia Maestro; y
- b) El contrato de Franquicia de Sitio.

El primero de estos se refiere a aquel contrato de franquicia, donde el franquiciante otorga al franquiciatario el derecho de usar su marca para la producción o venta de determinados productos o la protección de determinados servicios, en un área geográfica determinada, como un país, una ciudad, municipio o superficie determinada, en donde el franquiciatario tiene el derecho de explotar el negocio en varios establecimientos, por si mismo o a través de subfranquiciatarios. Es decir, que el franquiciatario está legitimado para la celebración de contratos de franquicia, por virtud de los cuales conceda el uso de la marca del franquiciante, para la producción o venta de productos o la prestación de servicios, a terceras personas, que serán los subfranquiciatarios. Los derechos de los subfranquiciatarios

estarán limitados por los derechos del subfranquiciante, Franquiciatario del contrato de franquicia maestro. Este contrato de franquicia maestro no es sino un contrato de subarrendamiento de la marca y un contrato de prestación de servicios, en el que el arrendador consiente expresamente en el subarriendo.

El segundo de los dos tipos de contrato de franquicia que antes señalamos, es aquel por virtud del cual el franquiciatario está obligado a explotar el negocio en un sitio. Al referirnos al término sitio, queremos decir, que el franquiciatario debe producir o vender los productos o prestar los servicios en un establecimiento determinado en el mismo contrato, y además, debe hacerlo por sí mismo, o a través de una subsidiaria, según lo disponga el contrato respectivo, sin tener la facultad de celebrar contratos de subfranquicia. En el caso de la producción de bienes, la limitación se refiere al mercado que puede abarcar el franquiciatario en la distribución de los productos que elabora.

El franquiciatario debe poner especial atención a lo referente al otorgamiento del derecho de explotar en forma exclusiva el negocio de que se trate, dentro de una área geográfica determinada, o bien, el otorgamiento de un derecho de preferencia para explotar dicho negocio dentro de ésta área,

frente a cualquier otro franquiciatario o futuro franquiciatario, que pretenda establecer su negocio dentro de ésta área, así como frente al franquiciante que pretenda establecer una sucursal dentro de dicha área. El área geográfica podrá determinarse de acuerdo a diversos criterios. Como señalamos con anterioridad el contrato de franquicia puede ser "maestro" o de "sitio"; en el primero de los casos, el área geográfica, llamada también en la practica "área protegida" o "área preferente", según se haya otorgado un derecho de exclusividad o preferente respectivamente, será el lugar especificado en el contrato donde el franquiciante desarrollará el negocio por sí mismo o por medio de diversos subfranquiciatarios; en el segundo supuesto el área protegida o preferente, será de un radio de determinados kilómetros, tomando como vértice de dicho radio el local del negocio franquiciado. Es conveniente que este radio varíe en función del potencial comercial de cada zona.

#### CONTRAPRESTACION.

Como ya dejamos asentado en la definición del contrato de franquicia, el franquiciatario queda obligado para con el franquiciante al pagó de una contraprestación.

Esta contraprestación consiste regularmente en el pago de dos cantidades. La primera es una cantidad determinada, comúnmente denominada "Franchise Fee" o, derechos de franquicia, por el otorgamiento del derecho de uso de la marca y del "goodwill" implícito en las mismas, así como por la transmisión del know how del franquiciante, en las formas antes señaladas, sin embargo, este pago puede no existir, situación que generalmente sucede cuando el franquiciante encuentra su principal fuente de ingresos en la venta de la materia prima o de los productos terminados o semiterminados que se van a ofrecer al público a través de las unidades franquiciadas, o cuando la franquicia que se ofrece no es un negocio que sea reconocido o un concepto probado.

La segunda cantidad, consiste en el pago de una regalía periódica, generalmente mensual, cuantificable en base a un porcentaje de los ingresos netos o de las ventas netas, según se convenga en el contrato, que el franquiciatario obtenga en el período correspondiente, por la venta de los productos o la prestación de los servicios a que se refiera el contrato de franquicia correspondiente. Este pago se hace por concepto del derecho de usar la marca y el know how del franquiciante,

durante la vigencia del contrato, así como por la asistencia técnica prestada por el franquiciante al franquiciatario.

En algunos contratos se distingúe, dentro de la asistencia técnica que presta el franquiciante, entre aquellos servicios que este presta directa y relacionadamente con la operación del negocio, por los que el franquiciatario paga dicha regalía, de aquellos otros servicios que no se relacionan con la mencionada operación, a los que comúnmente se les llama servicios adicionales, por los que el franquiciatario paga un honorario determinado al tiempo en que se presta el servicio, a solicitud del franquiciatario y en relación al servicio prestado.

Este pago también puede existir o no dependiendo de la conveniencia del franquiciante, pero siempre existirá alguna de las dos cantidades a pagar, ya sea que, en el caso de la regalías, estén expresamente pactadas o incluidas en el precio que el franquiciatario deberá pagar al franquiciante por los productos que adquiera de éste.

ELEMENTOS FORMALES.

Cómo apuntamos al analizar la clasificación del contrato de Franquicia, estamos frente a un contrato de carácter formal o consensual, según se haya otorgado la licencia de uso de marca antes o junto con el contrato de franquicia, o no; o distinguiendo su carácter civil o mercantil.

Es claro porque la LEFOPPI considera que existe franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica y podemos decir que las licencias de uso de marca deben constar por escrito para ser susceptibles de registro ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

El artículo 6 de la LETT de 1972, disponía que los actos convenios o contratos, así como sus modificaciones, que siendo sujetos de inscripción en el RNTT no se inscribieran no producirían ningún efecto legal, y en consecuencia, no podrían hacerse valer ante ninguna autoridad y su cumplimiento no podría ser reclamado ante los tribunales nacionales.

Conforme a ésta norma, evidentemente la sanción para los contratos que en términos de la Ley fueran objeto de inscripción ante el RNTT, y no se inscribieran era el de inexistencia, ya que el legislador de esta Ley abrogada adoptó

el sistema registral constitutivo del acto jurídico que se inscribe.

En la actualidad, y como ya lo apuntamos anteriormente, para lograr su inscripción, el contrato de franquicia debe otorgarse por escrito. Aun cuando no existe disposición legal expresa que así lo ordene (por lo que no constituye un elemento de validez del contrato), la lógica nos lleva a la conclusión antes señalada y hay que recordar que el contrato de franquicia incluye las normas básicas de la licencia de uso de marca. Aun cuando la LEFOPPI no establece que para inscribir una licencia de uso de marca ésta debe constar por escrito, materialmente no se contempla su procedencia sino en esa forma. Lo que sí establece esta Ley como una condición para la operación de las licencias de marcas, es que los productos que se comercialicen o los servicios que se presten, por parte del usuario, deben ser de la misma calidad que los fabricados o prestados por el titular y esto es la misma esencia de la franquicia.

En general, los contratos que se celebren en relación a registros de marcas, son las cesiones de derechos que permiten transmitirlos y las licencias que permiten autorizar temporalmente su uso.

De lo anterior se desprende que el contrato de franquicia cuenta con dos elementos formales cuando éste es el caso:

a) La celebración por escrito de dicho contrato, cuando éste es de carácter civil, pues como se apuntó al hablar de la clasificación el contrato de licencia de uso de marca por constituir finalmente un arrendamiento, requiere para su validez de que se otorgue mediante la formalidad escrita.

b) El registro ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial de la licencia de uso de la marca.

La obligación de registrar el contrato es para ambas partes, en términos de lo dispuesto por el artículo 136 de la LEFOPPI. En la práctica generalmente esta obligación recae en el franquiciatario; asimismo, en la generalidad de los casos es el franquiciatario quien paga los gastos que se ocasionen con motivo de dicho registro, incluyendo los honorarios de la persona que traduzca el contrato al idioma español, en caso de haberse este celebrado en cualquier otro idioma.

Según el artículo 137 de la LEFOPPI:

Para inscribir una licencia en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial bastará formular la solicitud correspondiente en los términos que fije el reglamento de dicha ley.

### 2.3. Efectos del Contrato de Franquicia.

Antes de analizar los efectos del contrato de franquicia, debemos recordar que previa la celebración de éste, existe un procedimiento de selección del franquiciatario, que permite al franquiciante conocer el llamado perfil del franquiciatario, que no es otra cosa que la identificación de la personalidad del futuro franquiciatario. Una vez que el franquiciante conoce dicho perfil y está conforme con el mismo, entonces el futuro franquiciatario deberá reunir ciertos requisitos para que el contrato pueda celebrarse. El contrato es *Intuitu personae*.

En el procedimiento de selección antes mencionado, el franquiciante emplea cierto tiempo y dispone de personal que lo lleve a cabo, lo que implica una inversión de recursos.

De igual manera, el futuro franquiciatario emplea tiempo y dispone de recursos, para seguir el camino de este procedimiento de selección y la reunión de calidades.

El contrato de franquicia puede sujetarse al cumplimiento de ciertas condiciones suspensivas. Haciendo hincapié que en tanto que son condiciones no es indispensable que existan, y que el contrato de franquicia se celebre sin estar sujeto a modalidad alguna, pero dada la importancia de las prestaciones a cargo del franquiciante, es usual que se cumplan las condiciones que se mencionan mas adelante, para que el contrato de franquicia pueda surtir sus efectos.

Las condiciones que el franquiciante exige que deben incluirse en el contrato de franquicia, pueden variar según cada franquiciante, pero en resumen podemos decir que las condiciones que deben estar presentes son las siguientes:

a) Cubrir a satisfacción del franquiciante el programa inicial de entrenamiento.

b) Poseer en uso o en propiedad y a satisfacción del franquiciante, el local donde se va a establecer el negocio, siempre y cuando se trate de un contrato de franquicia de sitio.

c) Comprobar la capacidad financiera y crediticia para pagar la contraprestación al franquiciante y para adquirir el mobiliario, equipo e inventario con que el franquiciatario deberá contar para la operación del negocio.

d) Obtener la aprobación del franquiciatario para el proyecto arquitectónico de las instalaciones del establecimiento donde se ubicará el negocio, cuando se trate de un contrato de franquicia de sitio.

e) Obtener aprobación del franquiciante respecto de la designación del Gerente de la empresa franquiciada.

#### OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE

##### OBLIGACIONES ESENCIALES

A) El otorgamiento del uso de la marca, y demás derechos de propiedad industrial o intelectual que deba transmitir el franquiciante al franquiciatario conforme al contrato, durante la vigencia del mismo.

B) La transmisión del uso del Know how, de conocimientos, asistencia técnica, ya sea que constituyan secretos industriales o no, a través de:

2. 1. La impartición del programa inicial de capacitación, respecto de la operación del negocio y en el uso y elaboración de los productos o servicios.

3.

4. Proporcionar al franquiciatario los manuales de operación del negocio, así como notificarle las modificaciones que se hagan al mismo, para mantenerlo actualizado, y fundamentalmente para cumplir con el requisito que se establece en la LEFOPPI, que establece que el usuario de una marca debe producir o vender los bienes o servicios con la misma calidad que el titular de la marca.

3. La elaboración de programa de capacitación periódicos, para la actualización del franquiciatario de las políticas del franquiciante.

C) Prestar al franquiciatario la asistencia técnica convenida en el contrato, consistente en:

1. Proporcionar al franquiciatario asesoría respecto de la operación del negocio, interpretación del manual o manuales de operación y su aplicación, así como respecto de todo lo

relacionado con las operaciones diarias del negocio, de tiempo en tiempo según se convenga o cuando así lo solicite el franquiciatario.

A lo anterior, dará cumplimiento el franquiciante ya sea a través de comunicaciones, verbales o escritas, o de visitas que el franquiciante practique regularmente al franquiciatario.

2. Apoyo en el inicio de operaciones.

3. Apoyo en la elección del establecimiento en el cual se ubicará el negocio y en el desarrollo de las instalaciones.

4. Apoyo en la realización de programas de mercadotecnia y de publicidad.

D) No obstruir al franquiciatario en la explotación del negocio franquiciado en el lugar específico que se haya convenido.

E) Mantener al franquiciatario en uso de la marca y de los demás derechos de propiedad industrial o intelectual transmitidos a éste, así como del know how proveído, durante el tiempo de vigencia del contrato.

## OBLIGACIONES ACCIDENTALES (USUALES)

a) Respetar el derecho de preferencia o de exclusividad del franquiciatario, para la explotación del negocio en una área determinada.

b) Prestarle servicios adicionales, tales como por ejemplo: servicios de Contabilidad, jurídicos, de estadística, administrativos, etc.

c) La constitución de un fondo para la realización de publicidad institucional, con los obtenidos del franquiciatario, y de recursos obtenidos del franquiciatario, y destinarlos para llevar a cabo dicha publicidad.

d) No obstruir la cesión de los derechos derivados de la celebración del contrato que haga el franquiciatario a un tercero, siempre y cuando cumpla los requisitos que se convengan en el contrato.

e) No obstruir el derecho del franquiciatario a renovar el contrato por el plazo que se haya convenido y cuando se cumplan con las condiciones pactadas.

f) No obstruir la cesión de los derechos del franquiciatario, derivados de la celebración del contrato, en el caso de muerte de este, en la forma en que se haya convenido en el contrato.

En el caso de que el franquiciatario sea una sociedad mercantil, no obstruir los derechos de este en los casos de fusión, de transmisión de una parte de las acciones, o de cambio de miembros del consejo de administración, conforme a lo convenido en el contrato respectivo.

g) En caso de que así se hubiese convenido, adquirir los activos del franquiciatario para el caso de terminación del contrato.

#### OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO

##### OBLIGACIONES ESENCIALES

A) El pago de la Contraprestación, en forma convenida en el contrato.

B) Producir o vender los productos o prestar los servicios bajo la marca y demás derechos de propiedad industrial o intelectual

transmitidos por el franquiciante y conforme al Know how que le transmite el franquiciante, con la finalidad de que los productos o servicios que se produzcan o comercialicen, tengan la misma calidad. Para tal efecto el franquiciatario deberá:

1. Mantenerse y mantener a su personal actualizado en las políticas, método y patrones del franquiciante, para la operación del negocio, tales como:

- Observar los métodos y estándares de venta.
- Métodos publicitarios.
- Mantener el equipo inventario determinado por el franquiciante.
- Adquirir dicho equipo e inventario de proveedores autorizados por el franquiciante.

C).- No divulgar los secretos industriales que el franquiciante conozca en virtud de la celebración del contrato de franquicia, salvo que así lo haya autorizado el franquiciante, y cerciorarse de que las personas empleadas o no en la explotación del negocio, cumplan con tal obligación.

D).- No contribuir al desprestigio o demeritar la imagen de la marca ni de los productos que ampare la misma.

## OBLIGACIONES ACCIDENTALES

- A) Construir y mantener las instalaciones conforme a lo establecido en el manual operativo, durante la vigencia del contrato, efectuando las reparaciones y las remodelaciones que se requieran.
- B) Pagar al franquiciante una cantidad determinada como aportación a un fondo de publicidad institucional. Esta cantidad también se determina en un porcentaje determinado de los ingresos netos del franquiciatario, obtenidos en la explotación del negocio.
- C) Entregar al franquiciante los reportes contables y financieros que se hayan convenido en el contrato.
- D) No obstruir la práctica de revisiones que haga el franquiciante en su administración.
- E) Pagar los servicios adicionales prestados por el franquiciante según se convenga.
- F) No obstruir el ejercicio del derecho de preferencia del franquiciante para adquirir los derechos derivados del contrato

de franquicia, para el caso de que desee enajenarlos a un tercero.

G) Pagar al franquiciante la cantidad pactada por la transmisión de los derechos derivados del contrato a un tercero.

H) Obtener las pólizas de seguros que convengan en el contrato.

j) J) Designar a la persona que se vaya a encargar de la operación diaria del negocio, o gerente. (Generalmente el franquiciante exige que esta persona tenga ciertas calidades, con el fin de que el gerente no sea un empleado del franquiciatario, sino que guarde algún interés en el éxito del negocio. En el caso de que el franquiciatario sea una persona física es recomendable que este mismo sea el gerente, y, en el caso de que el franquiciatario sea una persona moral, que el gerente tenga un porcentaje determinado de las acciones con derecho a voto de la sociedad Franquiciataria, o bien que sea aprobado por el franquiciante, para desempeñar éste cargo).

I) Obtener de las autoridades administrativas todos los permisos, autorizaciones y constancias necesarias para la construcción de las instalaciones, inicio de operaciones, etc.,

así como mantenerlas actualizadas durante la vigencia del contrato.

J) Respetar el derecho del franquiciante de aprobar:

1. El proyecto de publicidad y promoción que haga el franquiciatario para la apertura del negocio.

2. A los proveedores del franquiciatario.

3. Aprobar al tercero, a quien el franquiciatario desee transmitir sus derechos derivados de la celebración del contrato, como nuevo franquiciatario.

4. Aprobar al gerente.

K) No obstruir el ejercicio del derecho del franquiciante de ceder los derechos derivados de la celebración de este contrato a un tercero.

#### 2.4. Formas de Terminación del Contrato de

##### **Franquicia.**

La forma normal de terminación del contrato de franquicia es la extinción de su vigencia. Asimismo podemos hablar de la rescisión del contrato por incumplimiento de las obligaciones por alguna de las partes, como las demás formas naturales de terminación de los contratos. Sin embargo, existen algunas formas especiales en que éste contrato debe también darse por terminado con anticipación a la terminación de su vigencia.

Estas formas especiales de terminación anticipada del contrato de franquicia, atienden a la propia y especial naturaleza de este contrato, y a la relación de confianza que debe existir entre franquiciante y franquiciatario, así como a sus elementos.

En efecto las franquicias más exitosas son aquellas en que las partes reconocen mutuamente, la necesidad de contar con el apoyo de la otra para lograr el éxito del negocio.

Los franquiciantes dependen de los franquiciatarios para lograr percibir mejores y mayores regalías y para promover su imagen en el mercado y lograr apoderarse de parte de este, que

les traerá como consecuencia el aumento en la celebración de contrato con otros franquiciatarios.

Los Franquiciatarios necesitan de la marca y el sistema de sus Franquiciantes, y la asistencia que éstos les prestasen publicidad, desarrollo de nuevos productos y su habilidad para negociar con los proveedores para obtener mejores precios en la adquisición de los productos y, en consecuencia, reducir sus costos que le reporte mayores ganancias o precios menores para captar mayor parte del mercado de su giro. Es por esto que la confianza y las buenas relaciones entre las partes, así como la motivación que el franquiciante logre infundir a sus franquiciatarios para hacerlos sentir como parte del negocio, son básicos para el éxito del negocio de que se trate.

Las formas especiales de terminación del contrato de franquicia son:

- a) La revocación o extinción del registro de la marca objeto del contrato de franquicia.
- b) por su carácter *intuitu personae*: La muerte o disolución del Franquiciatario en caso de ser persona física ó moral, respectivamente. Suele también pactarse para este último caso que el contrato terminará, si se transmiten acciones de su capital social en contra de lo dispuesto en el contrato, ó bien

si existe un cambio en la administración de la sociedad, ya sea por cambio de miembros del consejo de administración, cuando se trata, en el caso del franquiciante, de una persona moral.

c) La declaración de quiebra tanto del franquiciante como del franquiciatario, o bien, la declaración de suspensión de pagos del franquiciatario.

d) La declaración de una huelga en contra del franquiciatario si su duración llegare a afectar la imagen del negocio o el buen funcionamiento del mismo, afectando la calidad de los productos que se produzcan o se vendan.

## **2.5. Obligaciones de las partes al término del Contrato de Franquicia.**

Cabe hacer notar que estas obligaciones son principalmente para el franquiciatario, ya que es la parte activa del contrato, por lo que hace al uso de marcas y conocimientos técnicos que pudieran haber constituido secretos industriales del franquiciante. Estas obligaciones son:

a) Suspender el uso de las marcas del franquiciante, tanto para identificar el establecimiento, como en cualquier clase de papelería o material publicitario, así como la devolución de todos los materiales y artículos que contengan impresas dichas marcas, o que hagan referencia a las mismas.

b) Dejar de usar cualquier otro derecho de propiedad industrial o intelectual, que se le haya transmitido en uso, por virtud de la celebración del contrato de franquicia.

c) Devolver al franquiciante los manuales operativos así como cualquier otro documento relacionado con la operación del negocio.

d) Dejar de ostentarse ante proveedores, clientes y ante el público en general como franquiciatario del franquiciante.

e) Remover las instalaciones arquitectónicas, decorativas o de cualquier otra clase, que puedan crear en los consumidores confusión respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial del exfranquiciatario.

f) Abstenerse de usar o divulgar los conocimientos técnicos transmitidos por el franquiciante, por virtud de la

celebración del contrato de franquicia y de la operación del negocio.

Como protección adicional al franquiciante, se recomienda que en el contrato se pacte:

a) Una pena convencional para el caso de incumplimiento de obligaciones del franquiciatario al término del contrato, que podrá determinarse dentro de los límites legales por una cantidad diaria por el tiempo que dure el incumplimiento, y en especial una pena convencional de gran cuantía en caso de divulgación de los conocimientos o secretos industriales cuyo uso se le hubiere transmitido al franquiciatario.

b) Establecer el pacto comisorio expreso, para el caso de que el franquiciante opte por la rescisión del contrato en caso de incumplimiento del franquiciatario, caso en el cual bastará que le notifique fehacientemente que opta por la rescisión para que ocurra ésta, quedando terminado el contrato, sin necesidad de declaración judicial previa.

Por otra parte puede existir, cuando así se pacte, la obligación para el franquiciante de adquirir los productos, equipo y mobiliario utilizados por el franquiciatario para la

operación del negocio; o bien, el derecho de preferencia del franquiciante para adquirir estos mismos objetos, el establecimiento donde operaba el franquiciatario, o de ser preferido en igualdad de circunstancias frente a cualquier tercero en el arrendamiento del local donde operaba el franquiciatario siempre y cuando así se estipule en el contrato de arrendamiento respectivo, y además se prevea en este contrato, como causal de terminación anticipada a su vencimiento, la terminación del contrato de franquicia.

Es conveniente señalar, que en la práctica resulta difícil que ante el incumplimiento del franquiciatario de las obligaciones mencionadas anteriormente, se le constriña rápida y efectivamente a su cumplimiento forzoso.

Debido a lo anterior, se estima conveniente que las partes, con fundamento en los artículos 1049, 1051, 1052 y 1053 del C. de C., pacten, en escritura pública o en póliza ante corredor, el procedimiento convencional que regirá el juicio mercantil que pudiera darse con motivo del propio contrato y que se ventilaría ante los tribunales competentes.

## CAPITULO III

### EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA LEGISLACION MEXICANA

La franquicia, como tal, solo se encuentra regulada en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, y desde luego en la legislación común a cualquier contrato, pues como ya sabemos, el contrato de franquicia es un contrato atípico, por lo cual analizaremos las leyes, que de alguna forma, restringieron la aplicación de dicha figura en nuestro país.

#### 3.1. Ley de Inventiones y Marcas y su Reglamento.

La Ley de invenciones y Marcas fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de febrero de 1976.

En dicha ley se establecía en sus artículos 136 y 137 lo siguiente:

Art. 136. "...El uso autorizado de una marca se equiparará al efectuado por el titular de la misma, para todos aquellos efectos a que haya lugar.

El usuario registrado podrá tomar las medidas legales tendientes a impedir la falsificación, imitación o uso ilegal de la marca..."

Art. 137. "...Los productos que se vendan o los servicios que se presten por el usuario, deberán ser de calidad, forma y naturaleza equivalentes a los fabricados o prestados por el licenciante. Además esos productos o el establecimiento en donde se presten o contraten los servicios, deberán indicar el nombre y demás datos del usuario autorizado y establecimiento respectivo..."

Con lo anterior podemos ver que esta ley reconocía al usuario, el derecho a usar y proteger la marca de acuerdo con el contrato celebrado, sin embargo lo obligaban a producir y otorgar los servicios de acuerdo con la calidad establecida por el licenciante, e implícitamente establece el derecho a este último, de revisar los procesos de fabricación o de prestación de servicios, a efecto de que los productos o servicios mantengan la misma calidad que todos los amparados por esa marca.

A estos derechos de uso del usuario, y de vigilancia del licenciante, surgían varias diferencias claves con el contrato de franquicia, primero que el contrato de franquicia no es de

producción de bienes, y los artículos anteriores se enfocan mas a la producción de bienes, y por otro lado tenemos, que le falta la injerencia en la administración, la falta de asistencia técnica, etc..., que conforma al sistema objeto de la franquicia.

Por su parte, el artículo 86 del Reglamento de la Ley de Invenciones y marcas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1988, establecía que: "...El usuario autorizado al uso de una marca no podrá, a su vez, permitir el uso de la misma a otras personas, salvo que en el convenio o contrato celebrado con el titular de la marca se haya previsto ésta posibilidad..."

Lo anterior permitía que el licenciatario pudiera a su vez, transmitir la marca a terceros, estando a su vez facultado a revisar los procedimientos seguidos para la producción y prestación de servicios, a efecto de que los terceros mantengan la calidad establecida por el licenciante, y a su vez, estaba obligado a responder ante el licenciante, de la falta de calidad de los productos.

Sin embargo, como ya se pudo comprobar, le faltan a dichos conceptos varios elementos para que se conforme una franquicia.

### 3.2. Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su Reglamento.

La Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1982.

El mencionado ordenamiento señalaba en su artículo 2º, los actos jurídicos deberían estar inscritos ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, con la finalidad de dar protección y publicidad a los mismos; dentro de dichos actos, se contemplaban la concesión del uso o autorización de explotación de marcas, la cesión o autorización de uso de nombres comerciales, la transmisión de conocimientos técnicos y la asistencia técnica, elementos esenciales del contrato de franquicia. Por su parte, el artículo 3º indicaba los actos, convenios o contratos que no deben ser inscritos ante el Registro.

La solicitud de inscripción ante el Registro debería ser solicitada por las personas en que estuvieran obligadas de inscribir los actos que se celebrasen.

El capítulo II de la multicitada ley, establecía en los artículos 8 a 14, las normas relativas al Registro Nacional de Transferencia de Tecnología y el procedimiento de registro de los actos que se debían inscribir. El Registro dependía directamente de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI). Entre las normas contenidas en éste capítulo, conviene aludir a lo contenido en el artículo 10, que al efecto indica que los actos que debieran ser inscribibles, deberían ser presentados ante SECOFI para su inscripción en el registro dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la fecha de su celebración o modificación. En tal supuesto, la inscripción surtiría efectos desde la fecha en que hubieren sido celebrados; en caso contrario, surtiría efectos a partir de la fecha en que se hubieren presentado para su inscripción. Asimismo, se indicaba que a la terminación de los actos jurídicos con anticipación a la fecha de vencimiento de los mismos, se debería dar aviso a SECOFI dentro del mismo plazo de sesenta días hábiles siguientes a su terminación.

Por otra parte, se disponía que los actos, convenios o contratos o sus modificaciones, que no hubieren sido inscritos serían nulos, y no podrían hacerse valer ante ninguna autoridad, y su cumplimiento no podría ser exigido ante los tribunales nacionales. La misma suerte correrán aquellos actos,

convenios y contratos, cuya inscripción fuere cancelada por el IMPI.

Una vez presentados los documentos para su inscripción, la Secretaría resolvería sobre la procedencia o improcedencia de los mismos en un plazo que no excedería de noventa días hábiles, ya que en caso contrario, dicho acto debería ser inscrito (art. 12).

El Capítulo III, en los artículos 15 a 17, nos señalaba las causas de negativa de inscripción. Consideramos al artículo 15 de la mencionada ley, como el de mayor importancia en relación al contrato de franquicia, toda vez que como podremos notar, nuestra legislación a éste respecto era proteccionista del receptor de la tecnología por lo que, en la celebración de los acuerdos de franquicia, se tenía que tener en cuenta las prohibiciones del mencionado artículo.

Las fracciones que guardaban mayor importancia con el sistema de franquicias son las siguientes:

Art. 15.- "...La Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial (SECOFI) no inscribirá los actos, convenios o contratos a que se refiere el artículo segundo de ésta ley en los siguientes casos:

IV. Cuando se establezca la obligación de adquirir equipos, herramientas, partes o materias primas, exclusivamente de un origen determinado, existiendo otras alternativas de consumo en el mercado nacional o internacional;

VI. Cuando se prohíba el uso de tecnologías complementarias;

VII. Cuando se establezca la obligación de vender a un cliente exclusivo los bienes producidos por el adquirente;

VIII. Cuando se obligue al receptor a usar en forma permanente, personal señalado por el proveedor de tecnología;

XI. Cuando se obligue al adquirente a guardar en secreto la información técnica suministrada por el proveedor más allá de los términos de vigencia de los actos, convenios o contratos, o de los establecidos por las leyes aplicables;

Bajo este supuesto, el franquiciante podía limitar la posibilidad de que el franquiciatario asimilara la tecnología que le transmitió e iniciara un negocio propio en el que existiera una competencia entre ambas partes una vez terminado el contrato de franquicia, sin embargo, debemos recordar, que

el contrato de franquicia se basa en la confianza recíproca y que el franquiciatario es un empresario independiente.

Por otra parte, en el artículo 16, se establecían otras causales de improcedencia en la inscripción de los actos, de entre las que destacan la fracción III, que indicaba que no podrían ser registrados los actos, convenios o contratos cuando se establecieran en los mismos términos excesivos de vigencia, es decir, que excedieran de diez años obligatorios para el adquirente.

Como se podrá observar, las disposiciones de la mencionadas anteriormente, fueron un factor determinante para detener e imposibilitar el desarrollo de la franquicias en nuestro país.

A continuación, analizaremos algunas de las disposiciones más importantes del Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y explotación de Patentes y Marcas, en su parte relativa a los acuerdos de franquicia, es decir, los artículos 23 a 26, contemplados en la Sección II, del Capítulo II, de dicho ordenamiento legal.

El abrogado Reglamento en cuestión, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de enero de 1990. Se puede decir, que el mismo, fue el primer paso tomado por la administración del Presidente Salinas de Gortari, para atraer la inversión extranjera a México, así como la adopción de nuevas disposiciones tendientes a la simplificación de los procedimientos para la transferencia y licencia de tecnología, patentes, know-how y otros servicios de asistencia técnica.

Ahora bien, respecto al contrato de franquicia, a continuación, transcribiremos algunos de los artículos a que se refiere el Reglamento:

Art. 23.- "...Se entenderá como un acuerdo de franquicia, aquel en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmita conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica, en los términos de los incisos a), f), g) y h) del artículo 2º de la ley, con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor, independientemente de algún otro de los supuestos que marca el precepto ya citado..."

Con la inclusión de ésta definición en el Reglamento, se le otorga, por primera vez, al contrato de franquicia, una enorme y especial importancia, ya que al contemplarlo, el gobierno no sólo reconoce el valor de la franquicia como método de negociación mercantil, sino también comienza a crear la infraestructura necesaria para que el país se abra a las negociaciones internacionales. Debemos recordar, que en el pasado, el término franquicia denotaba en México una exención de tipo fiscal, por lo que con su inclusión en este Reglamento, se le conceptualiza de forma y manera tal, que su significado es acorde al objeto de nuestro estudio.

"Art. 24.- "...Cuando el proveedor desee celebrar acuerdos de franquicia con dos o más adquirentes, podrá solicitar al Registro la inscripción del modelo de acuerdo que pretenda utilizar, sin perjuicio por lo dispuesto por el artículo 12 de la ley. .El modelo de acuerdo sólo podrá ser utilizado a partir de la fecha en que sea expedida la constancia de inscripción correspondiente. Cualquier modificación al modelo de acuerdo registrado, deberá igualmente presentarse para su inscripción en los términos señalados..."

En adición al artículo 23 del Reglamento, éste artículo contemplaba el registro de un modelo base del contrato de

franquicia, una vez efectuada la inscripción correspondiente, el franquiciante podría celebrar un número ilimitado de contratos de franquicia bajo el mismo esquema, debiéndose mencionar el número de expediente y folio de la constancia de inscripción del registro del modelo del contrato de franquicia. Es así, que bajo éste supuesto, se da lugar a la franquicia múltiple.

El artículo 25 del Reglamento, señalaba el supuesto en el que el franquiciatario hubiere sido autorizado para subfranquiciar. De éste modo, podría celebrar también modelos de contratos que deberían ser registrados bajo las previsiones de los artículos 24 y 26 del mencionado Reglamento.

Finalmente, el artículo 60 del mencionado ordenamiento legal, imponía una multa de hasta por el monto de la operación convenida o de hasta 10,000 veces el salario mínimo diario general en el Distrito Federal, en el caso de que la celebración de los acuerdos de franquicia o subfranquicia se realizaren en términos diferentes a los contenidos en el modelo de acuerdo y sus modificaciones registradas, y no se hubiese procedido a su inscripción en el plazo legal.

### 3.3. Ley de Fomento y Protección de la Propiedad

#### Industrial.

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991.

La mencionada Ley es resultado de las políticas y directrices del Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, en el que se buscó un crecimiento de la producción y de los medios productivos, junto con las percepciones de la fuerza laboral y la satisfacción de las necesidades de los consumidores, en forma duradera y estable. Asimismo, se busca incorporar con éxito a la nación en el contexto de la economía internacional. Es por ello, que el desarrollo tecnológico adquiere una significación especial bajo los principales puntos de éste plan, aspecto que repercute directamente en la llamada propiedad industrial.

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, tiene como fines principales el apoyo a la productividad mediante la concordancia del desarrollo económico nacional actual y la norma jurídica; asimismo, busca elevar los índices de calidad a fin de permitir una mayor y mejor satisfacción de las necesidades de los consumidores.

Por otra parte, el mencionado ordenamiento trata de insertar ventajosamente a México en la economía internacional mediante la generación y atracción de nuevas tecnologías, permitiendo el otorgamiento de patentes en varias áreas tecnológicas industriales antes vetadas, con lo que se evita permanecer en desventaja frente a la industria de otros países, sobre todo en lo referente a la inversión en la investigación y en la capacidad productiva.

En otros aspectos de la propiedad industrial, como lo sería el caso de las marcas, la Ley extiende los plazos de vigencia de las mismas, a fin de evitar renovaciones tan frecuentes y la consecuente desventaja frente a los extranjeros.

Con la abrogación de la LRTT y su reglamento, así como con la desaparición de la Dirección de Transferencia de Tecnología y del RNTT y la entrada en vigor de la mencionada Ley, el panorama para el desarrollo de las franquicias cambió radicalmente, por primera vez se da una definición más completa de la franquicia.

La LEFOPPI en su artículo 142 define a la franquicia de la siguiente manera:

Art. 142. "...Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a la quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

Quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretende conceder, previamente a la celebración del convenio respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de ésta Ley.

Para la inscripción de la franquicia serán aplicables las disposiciones de éste capítulo..."

Este artículo carece de un aspecto importante al definir la franquicia, que es la contraprestación que percibe el franquiciante. El segundo párrafo de dicho artículo contempla la obligación del franquiciante de proporcionar al futuro franquiciatario la información respecto de su negocio, previamente a la celebración del contrato. Esta obligación que

no se encontraba anteriormente plasmada en nuestra legislación, es imitada de la legislación de los Estados Unidos de América.

El último párrafo del Artículo 142 establece que para la inscripción de la franquicia serán aplicables las disposiciones de este capítulo. Es por lo tanto, significativo mencionar que el Artículo 50 de la LEFOPPI, del mismo capítulo VI dispone que no procederá la inscripción cuando en el convenio de licencia se excluya expresamente la aplicabilidad de la LEFOPPI.

En primer lugar, cabe mencionar que la redacción no es de carácter imperativo ya que no se señala la obligación de inscribir el contrato de franquicia.

Por su parte el artículo 130 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, impone la obligación al franquiciatario que utilice una marca bajo la cual venda productos o preste servicios, de anunciar el nombre y el domicilio del titular de la marca y del franquiciatario, así como la mención de que la marca se utiliza bajo licencia de su titular.

El artículo 65 del mismo reglamento, establece la obligación a cargo del franquiciante de proporcionar cierta información técnica, económica y financiera al franquiciatario,

información que de acuerdo al propio artículo, hace parecer que la intención del legislador al redactarlo, es la de esbozar algunas de las cláusulas que podría contener el contrato, sin embargo, en mi concepto, se equivoca pues la obligación que le impone tal precepto al franquiciante de proporcionar la información que se menciona en ese artículo, puede no ser objeto del contrato de franquicia, pues se refiere mas bien a las cláusulas accidentales cuyo pacto queda sujeto a la voluntad de las partes, por lo que se puede concluir, en términos generales, que la promulgación del mencionado reglamento no aporta nada en lo absoluto para la regulación de las franquicias, y que además es desatinado en ese sentido, pues el incumplimiento a tal precepto no acarrea sanción alguna, toda vez que la propia ley no la contempla. Es decir, ¿si el franquiciante no proporciona la información que prescribe el artículo 65 del reglamento, la celebración del contrato es nula?. No. Pues la falta de tal información puede ser en perjuicio de ambas partes, y en consecuencia imputable a las mismas.

## CAPITULO IV

### FIGURAS AFINES Y DETERMINACION DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

No obstante el contrato de franquicia cuenta con sus características bien definidas, con frecuencia se le confunde con otras figuras afines como los son las que se analizarán brevemente en este capítulo, señalando sus principales diferencias con el contrato de franquicia.

#### 4.1. Contrato de Agencia Mercantil.

El contrato de agencia no está regulado como tal en nuestra legislación, ya que solo existen algunas referencias confusas e indeterminadas en disposiciones de diversas legislaciones.

El Código Civil Italiano define al contrato de agencia de la siguiente manera "por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de la

otra, mediante la retribución la conclusión de contratos en una zona determinada.<sup>47</sup>

Este contrato tiene una cierta similitud con el contrato de franquicia maestra, sin embargo en el mencionado contrato el franquiciatario esta obligado a desarrollar en un plazo y una zona determinada la franquicia que contrató, pero no actúa a nombre de otro sino a su nombre propio, y transmite solo la tecnología y la licencia de uso de una marca que contractualmente adquirió del franquiciante.

En el contrato de agencia, la actividad del agente no es la de adquirir el uso de una marca y cierta tecnología para emprender una determinada negociación comercial, industrial o de servicios propia, sino que su actividad se limita a preparar y atraer determinados tipos de contratos con el empresario que así se lo solicita, aunado al hecho de poder celebrar dichas transacciones por cuenta y orden de éste último.

En virtud de lo anterior, podemos decir que la afinidad entre estas dos figuras jurídicas la podemos ubicar

---

<sup>47</sup> Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. Pág.62.

exclusivamente son empresarios o independientes, aún cuando el agente actúa por cuenta de un tercero.

#### 4.2. Contrato de Suministro.

Este contrato, es definido por Sánchez Calero como el "contrato por el que una parte (Suministrador) se obliga mediante un precio, a ejecutar a favor de otra (Suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas."<sup>48</sup>

El contrato de suministro resulta ser, en nuestro derecho, un contrato nominado y atípico. Por lo que se refiere a éste contrato como nominado, nuestro Código de Comercio, en su enumeración de actos de comercio, señala como tales, en la fracción V del artículo 75, a las empresas de abastecimiento y suministros.

En nuestra opinión, el suministro implica un abastecimiento periódico de acuerdo a lo mencionado anteriormente, por lo que crea obligaciones duraderas o de tracto sucesivo para las partes que intervienen en el mismo.

---

<sup>48</sup> Idem.

Para algunos, el contrato de suministro es una modalidad del contrato de compraventa, ya que se habla de venta por suministro, por lo que la causa de ambos contratos es la misma, con la salvedad hecha de que en el caso del contrato de suministro, el comprador pretende que las mercaderías que adquiere le sean entregadas en prestaciones periódicas a lo largo del tiempo que dure el contrato, para poder atender así, las necesidades que se le presenten en ese período.

Por lo que se refiere al contrato de franquicia, recordemos que la asistencia técnica que presta el franquiciante al franquiciatario se da durante todo el tiempo de vigencia del contrato, es decir, la asistencia técnica se presta periódicamente a través de visitas del franquiciante, proporcionando éste al franquiciatario manuales, planos, sistemas operativos y de contabilidad, etc. En éste sentido, es que podemos hablar de una cierta afinidad entre el contrato de suministro y el contrato de franquicia.

Sin embargo, los efectos del contrato de suministro se agotan en el prestación periódica de lo contratado, mientras que en el caso del de franquicia, la asistencia técnica durante la vigencia del contrato viene a ser uno más de los elementos

del mismo, ya que también se contrata la licencia de uso de una marca exitosa, la transferencia de tecnología, la independencia de una negociación propia, etc., por lo que diferencia entre ambas figuras queda claramente manifiesta.

#### 4.3. Contrato de Distribución o Concesión.

En nuestra opinión consideramos que en la práctica, la figura jurídica que más se asimila al contrato de franquicia es, sin lugar a dudas, el contrato de distribución o de concesión mercantil.

De tal manera, al igual que ocurre con la figura de la franquicia, las partes que intervienen en el contrato de concesión mercantil, es decir, el concedente y el concesionario, buscan una finalidad común en la celebración del contrato, esto es, la permanencia en la relación y el éxito en el adecuado desarrollo de la negociación mercantil. Por lo mismo, ésta figura no sólo debe ser considerada como un contrato semejante a la compraventa, sino más bien como uno de "asociación" entre las partes que lo integran, ya que tanto el concedente como el concesionario no tienen intereses contrapuestos en términos absolutos, advirtiéndose desde luego que dicha "asociación" no es resultado de la constitución de un ente colectivo al cual el derecho le reconoce personalidad jurídica frente a terceros, aún cuando puede suceder que tanto el concedente como el concesionario sean personas morales debidamente constituidas conforme a la ley.

El contrato de Distribución o Concesión Mercantil, es definido por Champaud, en el sentido de que "...existe concesión mercantil cuando un comerciante concesionario- pone su empresa de distribución o de venta- en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial, llamado concedente, para asegurar en un territorio determinado, durante un periodo de tiempo limitado y bajo la vigilancia (dirección) del concedente, la distribución de sus productos, de los que le ha sido concedido el monopolio de reventa..."<sup>49</sup>

Conviene mencionar, que el contrato de concesión mercantil podrá o no incluir un pacto de exclusiva para la reventa de los productos, sin embargo, esto es lo menos frecuente en esta figura jurídica.

No obstante las semejanzas entre ambos contratos, las características que los diferencian son bien marcadas. En primer término, consideramos que la inclusión de la marca y la transferencia de tecnología en el contrato de franquicia, no se da en el contrato de concesión mercantil; por lo mismo, dos de los elementos esenciales de la franquicia no se presentan en la otra figura jurídica que nos ocupa.

---

<sup>49</sup> Champaud. La concesión Comercial. Pág. 43.

Por otra parte, en el contrato de concesión mercantil, el objeto principal es la adquisición de productos del concedente para revenderlos, por lo que quedan excluidos la transformación, modificación, producción y operación que se suelen presentar en el contrato de franquicia y que constituyen el mantenimiento de la calidad y servicio del negocio franquiciado. No sólo se vende un producto o se presta un servicio, sino que esto se debe realizar bajo los mismos índices de calidad que mantiene el franquiciante.

Finalmente, la franquicia necesariamente debe incluir una asistencia técnica y asesoría permanentes, con la finalidad de que el desarrollo de la misma sea de acuerdo a lo querido por las partes en su mutuo beneficio, mientras que en el contrato de concesión mercantil, dicha asesoría se limita a la imposición de precios de reventa, condiciones y plazos para su operación.

#### 4.4. Naturaleza Jurídica del Contrato de

##### Franquicia.

Una vez realizado el análisis de la clasificación y de los elementos del contrato de franquicia, así como la diferenciación del mismo respecto a las principales figuras

afines, estamos en la posibilidad de establecer la naturaleza jurídica de la figura estudiada. Como vemos, esta labor no hubiera sido posible, si no hubiéramos realizado previamente un estudio detallado del contrato.

Así, podemos considerar al presente apartado como una síntesis de la investigación realizada ya que se pretenderá responder con relativa facilidad a la pregunta, que es el contrato de franquicia.

Pues bien, el contrato de franquicia posee una naturaleza jurídica propia. Aunque no en el sentido en que se pronuncia el Lic. Javier Arce Gargollo, quien además señala que el contrato de franquicia tiene particularidades propias que no permiten asimilarlo a los contratos típicos ya existentes o a otras novedosas figuras mercantiles nacidas en la práctica de los negocios y que se celebran frecuentemente en México.

Consideramos que ésta afirmación encuentra apoyo en la diferenciación que realizamos en éste mismo capítulo, respecto a otras figuras jurídicas afines, diferenciación que se reduce a una de primera importancia y que es el hecho de que la franquicia implica la licencia de uso de marca y la transferencia de tecnología o know-how, por lo cual se estima

que estamos en la presencia del nacimiento de una nueva figura jurídica contractual.

Aún cuando el multicitado contrato posee una naturaleza jurídica propia, el mismo es un contrato atípico, puesto que sus características se basan en otras instituciones jurídicas típicas, además, la relación entre las partes contratantes no está regulada en nuestro derecho con características especiales, pues está sujeto solamente a las reglas generales de los contratos y de las obligaciones. Sin embargo, el contrato de franquicia goza en la actualidad de eficacia real, ya que cada vez con mayor frecuencia se escucha su terminología en todos los ámbitos de nuestro país, esto es, se ha logrado una aceptación social en el sentido de entender al contrato de franquicia de acuerdo al objeto y sentido de la presente investigación aunque, desde luego, existe todavía mucho camino por recorrer para comprender a ésta figura con mayor precisión y obtener sus beneficios con mayor frecuencia.

Por lo mismo, y al ser un contrato atípico, la normativa del mismo se regirá, ante todo, por las reglas contractuales establecidas para los contratos típicos y por la voluntad de las partes, siempre y cuando ésta no sea contraria a la ley ni a las buenas costumbres.

Ahora bien, consideramos a la atipicidad del contrato de franquicia como un reto y como un aliciente que permita un mayor esfuerzo en el ámbito doctrinal de nuestro país, con la primordial finalidad de que se cuente, en un futuro no muy lejano con disposiciones legales adecuadas que nos permitan resolver de mejor manera los conflictos que se puedan ocasionar entre las partes contratantes.

Otro aspecto importante que conviene precisar respecto a la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, es el relativo a si el mismo puede ser considerado como un contrato de adhesión o no.

A éste respecto, y siguiendo a Don Manuel Borja Soriano, consideramos pertinente el precisar que se pueden distinguir seis particularidades en el contrato de adhesión, a saber:<sup>56</sup>

1. La oferta se hace a una colectividad: En éste sentido, debemos recordar que la oferta que realiza el franquiciante no se efectúa a una colectividad, sino que, por el contrario, éste busca en el franquiciatario determinadas y específicas capacidades y cualidades, o lo que es lo mismo, el franquiciante no arriesgará años de esfuerzo en la

---

<sup>56</sup> Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones. Pág.131.

consolidación frente al público de una imagen y prestigio para que la misma sea destruida por la inexperiencia e indisciplina de cualquier persona.

Por lo mismo, las cualidades para poder ser considerado entre los candidatos a franquiciatario son muy rigurosas, partiendo del supuesto que solo uno será elegido respecto a determinada franquicia en un área geográfica exclusiva, tomando en consideración su capacidad en diversos ámbitos y, a caso más, su honorabilidad.

Es así, que en éste aspecto, no consideramos que el contrato de franquicia pueda ser considerado como un contrato de adhesión.

2. El convenio es obra exclusiva de una de las partes: Esto se refiere al hecho de que el contrato se encuentre ya, inclusive, debidamente impreso, es decir, el franquiciatario no intervendría en la redacción del instrumento.

Sin embargo, y si bien es cierto que es el franquiciante es quien impone la mayoría de las condiciones de otorgamiento de la franquicia, también lo es el hecho de que el franquiciatario se encuentra en la posibilidad de negociar algunas cláusulas, como lo sería el caso de la contraprestación

y de la ubicación geográfica del establecimiento, lo cual se dejará a lo acordado entre las partes.

3. La reglamentación de contrato es compleja: Como hemos visto, el contrato de franquicia no posee, en si mismo, una reglamentación propia, y sin embargo sus cláusulas regularmente son bastante complejas, por dos razones: primera, en ánimo de suplir la falta de legislación propia al respecto, y segunda: la complejidad de las contraprestaciones que se pactan y la manera de regular su cumplimiento. Sin embargo, sus elementos si están abundantemente reglamentados por diversos ordenamientos legales.

Aún así, ésta característica no es exclusiva del contrato de adhesión, ya que piénsese por ejemplo en el de compraventa, en el que, si bien es cierto existe el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, también lo es el hecho de que las relaciones entre las mismas, son específicamente reguladas.

4. La situación del que ofrece es preponderante: Es decir, la voluntad del franquiciante se manifiesta a través del establecimiento de la mayoría de las cláusulas principales.

En éste sentido, consideramos que el contrato de franquicia sí se puede ser de adhesión, y esto es lógico, ya que el que ofrece goza de un fuerte prestigio en el medio comercial, prestigio que hará valer frente a las personas que deseen integrarse a su red de franquicias.

5. La oferta no puede ser discutida: Ya nos referimos al hecho de que el franquiciatario si puede negociar determinadas cláusulas, incluyendo la que consideramos como la más importante para él, esto es, la contraprestación.

6. El contrato oculta un servicio privado de utilidad pública o de satisfacción de necesidades colectivas: Si entendemos a la utilidad pública como la satisfacción de necesidades colectivas, el contrato de franquicia busca remediar determinadas necesidades mediante el acercamiento de nuevos puntos de producción, venta o servicio a los más diversos lugares de la geografía.

Sin embargo, la experiencia nos dice que las franquicias se establecen para aliviar las necesidades de determinada capa o estrato social, por lo que otros niveles de la sociedad no pueden acceder en principio, a las ventas o servicios que otorga una franquicia, debido al hecho de la marginación social o económica que estas capas padecen.

Así, tenemos, que esta característica respecto al contrato de adhesión se refiere a la satisfacción de necesidades colectivas a las que tenga el total de la sociedad, caso en el que no se encuentra la franquicia, ya sea por imposibilidad económica o discriminación social.

Es por todo lo anterior, que no encontramos bases suficientes para poder concluir que el contrato de franquicia sea considerado como uno de adhesión, es decir, no existe en la franquicia un acto unilateral determinado por la sola voluntad del oferente, debido al hecho de que se nos presenta la concurrencia de dos voluntades exentas de vicios y activamente participantes las dos sobre un mismo objeto directo.

Finalmente, debemos considerar que la naturaleza jurídica propia del contrato de franquicia se manifiesta en la conjunción de tres elementos principales que no se encuentran unidos en ningún otro contrato típico o atípico. Estos elementos son la marca, la transferencia de tecnología y la asistencia técnica, y el pago de regalías sobre las ventas que realice el propio franquiciatario. Esto configura y da al contrato de franquicia la novedad de la que ha sido objeto en la última década, ya que por medio de una misma figura jurídica, se puede llegar a establecer determinada negociación mercantil con gran éxito, desarrollado y debido, en gran

medida, al franquiciante, y que deberá ser mantenido pro los franquiciatarios para evitar el demérito de la franquicia en beneficio de ambas partes.

## CONCLUSIONES

1. La abrogación de la LRTT además de la entrada en vigor de la LEFOPPI en junio de 1991, así como el entorno comercial, económico y político del México actual, han creado un clima favorable y propicio para el desarrollo de las Franquicias en nuestro país.
2. En términos generales el sistema de franquicias es una herramienta muy útil para la modernización de nuestro país, ya que los establecimiento que operan a base de franquicia se distinguen por tener una excelente y uniforme calidad en sus productos y servicios, así como por la atención amable y especializada que brindan al consumidor.
3. El contrato de franquicia se define como: "Aquel por el cual, una persona denominada franquiciante, transmite a otra, denominada franquiciatario, la licencia de uso de una marca y/o nombre comercial, para que lleve a cabo la explotación y comercialización, con cierta exclusividad, de los productos o

servicios de que se trate, mediante la transmisión de sistemas o conocimientos técnicos, a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de dicha explotación."

4. El contrato de franquicia posee una naturaleza jurídica propia, el mismo es un contrato atípico, puesto que sus características se basan en otras instituciones jurídicas típicas, además, la relación entre las partes contratantes no está regulada en nuestro derecho.

5. El contrato de franquicia es de carácter mercantil, y solamente por excepción es de carácter civil, ya que por virtud del mismo se concede al franquiciatario el derecho de usar una marca y un know how para la producción o venta de productos o para la prestación de servicios al público consumidor; luego, lógico es concluir que el contrato de franquicia se deriva de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o negociación mercantil o que está vinculada a la actividad empresarial.

6. La marca es de vital importancia para la existencia de la franquicia, ya que en la franquicia el franquiciante debe tener

determinados elementos patrones, métodos y procedimientos que lo diferencien del resto de la competencia. Uno de estos elementos es la marca que permite el empleo de métodos modernos de publicidad, mercadeo y venta de productos, y como sabemos, uno de esos métodos de mercadeo de productos que ha tenido éxito en las últimas décadas, es el que se realiza a través del contrato de franquicia.

7. Como hemos analizado a lo largo de este trabajo actualmente las Franquicias se dividen en:

a) Franquicia de Producto y Marca (product and trade mark franchising)...abarca una relación de ventas entre el proveedor y un distribuidor en la que el distribuidor (comerciante) adquiere cierta identidad de su proveedor.

b) Franquicia para Crear y Explotar una Negociación (business format franchising), también llamada package franchising ...en la cual la relación entre franquiciante y franquiciatario generalmente incluye un producto o un servicio y una marca, un sistema de comercialización, manuales de operación, procedimientos, programas de entrenamiento, apoyo de publicidad y asistencia y guía del franquiciante durante la operación y desarrollo del negocio.

8. De acuerdo con la tesis de Enneccerus antes expuesta, se clasificaría dentro de la clasificación de los contratos desde el punto de vista de las relaciones que tienen los contratos con otros contratos, el contrato de franquicia es un contrato mixto o complejo en amplio sentido, y se clasificaría concretamente como un contrato unido de manera recíproca, es decir, que el contrato de franquicia está compuesto de varios contratos reglamentados, como son el arrendamiento (por la transmisión del uso de ciertos conocimientos o secretos industriales, ya definidos anteriormente como Know-how y la licencia de uso de marca), y la prestación de servicios, (debido a la asistencia técnica, entrenamiento y asesoría, que se obliga a prestar el franquiciante para el mejor desarrollo del negocio.), contratos que son esenciales para la existencia de un contrato de franquicia y que claramente quedan subsumidos en él.

Asimismo, se pueden encontrar en el contrato de franquicia, otros contratos como la compraventa por suministro, de las materias primas que se empleen en la fabricación de productos; de comodato de muebles de exhibición o anuncios para propaganda; etc.

Sin embargo, siguiendo con la clasificación de Enneccerus, aun cuando las prestaciones de los contratos mencionados anteriormente, que son típicos, se pueden analizar de manera separada, las partes no han querido que subsistan independientes, y sus efectos combinados dan lugar al contrato de franquicia, de manera que de no existir o cumplirse alguna de las prestaciones de los contratos, el contrato de franquicia no tiene razón de ser.

9. Por último, se desprende de la conclusión anterior, que la legislación aplicable al contrato de franquicia, mientras no se promulgue alguna especial, será la legislación aplicable a cada contrato de los que el contrato de franquicia se encuentre compuesto.

## BIBLIOGRAFIA

- Alvarez Soberanis, Jaime. La Regulación de las Invencciones y Marcas la Transferencia de la Tecnología. México, Porrúa, 1979.
- Arce Gargollo, Javier. El Contrato de Franquicia, México Editorial T 1990.
- Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. México, Tr 1989.
- Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. México, P 1989.
- Bauche Garcíadiago, Mario. La empresa. México, Porrúa, 1977.2
- Díaz Bravo, Arturo. Contratos Mercantiles. México, Harla, 1983.
- Diccionario Jurídico Mexicano. México, Porrúa, 1988.
- Diccionario Jurídico Black's. EUA, West, 1991.
- Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. México Porrúa, 1988.
- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. M Porrúa, 1984.
- González Calvillo, Enrique y Rodrigo González Calvillo. Franquicias revolución de los 90. México, McGraw Hill, 1992.
- Huerdo Lange, Juan. Sistemas de Franquicia. Una nueva oportunidad negocio. México, Asociación Mexicana de Franquicias, 1989.

International Franchise Association, Answers to the 21 most Commonly  
questioned about franchising, Washington, D.C., E.U.A., 1991.  
Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo  
México, Porrúa, 1985.

Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. México, Porrúa, 1986

Vázquez del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles. México, Porrúa, 1

Vaughn L., Charles. Franchising. 2a. Ed. USA, Lexington Books, 1974

Legislación Consultada.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para to  
República en Materia Federal, Editorial Porrúa, Edición 1985.

Código de Comercio y Leves Complementarias, Editorial Porrúa 55a. ed  
México, 1991.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, E  
1988.

Ley General de Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, Edición 1988.

Ley de Invenciones y Marcas, Diario Oficial de la Federación, 10 de F  
de 1975.

Reglamento de la Ley de Invenciones y Marcas, Diario Oficial  
Federación, 30 de agosto de 1988.

Ley Sobre el Control y el Registro de la Transferencia de Tecnología  
Uso y Explotación de Patentes y Marcas, Diario Oficial de la Federaci  
de enero de 1982.

Reglamento de la Ley Sobre el Control y el Registro de la Transferen  
Tecnología y el uso y Explotación de Patentes y Marcas, Diario Ofici  
la Federación, 25 de noviembre de 1982.

Reglamento de la Ley Sobre el Control y el Registro de la Transferen  
Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, Diario Ofici  
la Federación, 9 de enero de 1992.

Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, Diario  
Oficial de la Federación 27 de junio de 1991. (actualmente Ley  
de la Propiedad Industrial)