

321309

# UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

30

ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR  
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



## IMPORTANCIA DE LA CREACION DE UNA LEGISLACION QUE REGULE EL CONTRATO DE FRANQUICIA

295861

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
*LICENCIADO EN DERECHO*  
PRESENTA  
**SERGIO MONROY COLLADO**

ASESOR DE LA TESIS:  
LIC. RAFAEL VELAZQUEZ BURGOS  
CED. PROFESIONAL No. 1691219



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

## **AGRADECIMIENTOS**

#### A DIOS:

Por su infinita sabiduría, por enviarme obstáculos y adversidades que superar para fortalecerme con ellos, por permitirme asirme a ti a través de la fe, pero sobre todas las cosas por darme la oportunidad de existir y por enviarme al mejor par de seres humanos que cualquiera pudo desear como padres.

#### A MIS PAPÁS:

Porque sin lugar a duda si a alguien le debo todo es a ustedes, siempre ha sido un ejemplo difícil de igualar y para mí ustedes son sinónimo de trabajo, esfuerzo, perseverancia, superación y sobretodo sacrificio. Tengan la plena confianza de que en todo momento haré lo humanamente posible para que algún día se sientan tan orgullosos de mí como lo he estado de ustedes.

#### A MÓNICA:

Porque a pesar de tu carácter indomable, tienes un gran corazón y yo sé que en cuanto te pida ayuda, tú me la brindarás sin chistar.

**A MI ABUELITO:**

Te hice esta promesa un 19 de noviembre de 1999, gracias por la confianza que depositaste en mí, prometo no defraudarte y te dedico no solo este paso en mi vida sino todo el camino que logre recorrer.

**A MI ABUELITA:**

Gracias por apoyarme y por ver en cada uno de tus nietos a los mejores del mundo, te pido que pongás toda tu voluntad para salir adelante todavía estamos aquí muchos que te necesitamos, cuidate y te quiero mucho.

**A MIS TÍOS:**

Por todos sus consejos y palabras de apoyo, que tienen un gran valor para mí, por su un objetivo que debo alcanzar, no sé como ni cuando, pero me siento obligado a ello y desde luego me considero sumamente afortunado por ser parte de esta gran familia.

#### A MIS MAESTROS:

Porque a través de ustedes pude iniciar el camino por la senda del Derecho, por ser guías para mí, por permitirme aprender de ustedes y sobre todo por esa valiosa vocación de internar a sus alumnos por medio de sus experiencias al amplio mundo del Derecho.

#### A MIS AMIGOS:

Muchos de los cuales los conocí durante el tiempo que cursé la Licenciatura en Derecho y con los cuales no he perdido contacto, con quienes sé que puedo contar y a quienes brindo mi ayuda incondicional.

#### A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO:

Gracias por permitirme aprender de ustedes, me han enseñado más de lo que se imaginan, algunos más otros menos, incluso algunos me han enseñado como no debo ser, pero de todos he aprendido, gracias por su paciencia y su confianza.

#### A MIS PRIMOS:

Sin lugar a duda ustedes son los mejores amigos que he tenido y a quienes más confianza les tengo, créanme que gran parte de esto es gracias a ustedes.

#### A LAURA:

Que puedo decirte Lau, solo que sin lugar a duda, tu has jugado un papel muy importante en mi vida, eres el contrapeso de la balanza, el justo medio, con quien puedo contar y saber que su opinión es imparcial, no sé como agradecerte todo lo que has hecho por mí, solo espero algún día hacer por ti lo que tú has hecho por mí.

#### A LA UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC:

Porque en ella estuve cinco años memorables de mi vida, en los cuales tuve la inigualable oportunidad de conocer personas que influyeron y aún lo siguen haciendo a través de sus consejos y enseñanzas, en pocas palabras por ser mi segundo hogar.

## ÍNDICE

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I Antecedentes de la franquicia	1
1.1 El Boom	5
1.2 El surgimiento de la franquicia de formato de negocio	7
1.3 La franquicia y su internacionalización	12
1.4 Canadá	15
1.5 Japón	16
1.6 Comunidad Económica Europea	16
1.7 Brasil	18
1.8 La franquicia en México	20
1.9 La teoría de las etapas de la franquicia	24
1.10 La tropicalización de las franquicias	26
CAPÍTULO II El contrato	32
2.1 Obligación	33
2.2 Contrato	33
2.3 Elementos de existencia	34
2.3.1 La voluntad	35
2.3.2 El objeto	38
2.3.3 La solemnidad	38
2.4 Elementos de validez	39
2.4.1 La forma legal	39
2.5 Ausencia de vicios en la voluntad	40
2.5.1 El error	41
2.5.2 El dolo y la mala fe	43
2.5.3 La violencia o temor	44
2.5.4 La lesión	44
2.6 Licitud en el objeto y en el motivo o fin	46
2.7 Capacidad	46
2.8 Interdicción	48
2.9 Sanción de la incapacidad	48
2.10 Clasificación de los contratos según su materia	49

2.10.1	Contratos civiles	49
2.10.2	Mercantiles	50
2.10.3	Laborales y administrativos	50
2.11	Clasificación de los contratos según sus características	52
2.11.1	Contratos preparatorios y definitivos	52
2.11.2	Contratos bilaterales y unilaterales	53
2.11.3	Contratos onerosos y gratuitos	53
2.11.4	Contratos aleatorios	54
2.11.5	Contratos consensuales, reales, formales y solemnes	54
2.11.6	Contratos principales y accesorios	55
2.11.7	Contratos instantáneos y de tracto sucesivo	55
2.11.8	Contratos nominados e innominados	55

### CAPÍTULO III Análisis del contrato de franquicia 57

3.1	Concepto de franquicia	58
3.2	Clasificación del contrato de franquicia	65
3.3	Elementos del contrato de franquicia	68
3.3.1	Elementos personales	68
3.3.2	Elementos reales	69
3.3.3	Elementos formales	81
3.4	Efectos surgidos por la celebración del contrato de franquicia	82
3.5	Obligaciones del franquiciante	83
3.5.1	Obligaciones esenciales	83
3.5.2	Obligaciones accidentales	84
3.6	Obligaciones del franquiciatario	85
3.6.1	Obligaciones esenciales	85
3.6.2	Obligaciones accidentales	86
3.7	Terminación	87
3.7.1	Preaviso	88
3.7.2	Rescisión	88
3.7.3	Quiebra	90
3.7.4	Por el simple transcurso del tiempo	90
3.7.5	Muerte del franquiciatario	91
3.7.6	Justa causa	91
3.8	Clasificación de la franquicia	94

### CAPÍTULO IV Ventajas y deficiencias del contrato de franquicia 97

4.1	Ventajas para el franquiciatario	101
4.2	Ventajas para el franquiciante	103

4.3	Deficiencias y propuestas	105
	CONCLUSIONES	116
	BIBLIOGRAFÍA	120
	ANEXO	125

## INTRODUCCIÓN

## INTRODUCCIÓN

Hoy en día no existe persona alguna que no esté interesada en abrir su propio negocio, esto desde luego debido a la situación por la que atraviesa la sociedad actual, ya que si una persona cuenta con un establecimiento propio, no tiene que preocuparse por si será despedida o no, además si cuenta con un empleo aparte del referido negocio, el beneficio es mayor ya que entonces puede incrementar sus ingresos, esto sin mencionar la independencia, seguridad y solvencia que significa tener un negocio propio.

Desde luego que cuando se cuenta con un negocio entonces las preocupaciones son otras, ya que montar un negocio no es fácil y además conseguir que sea exitoso y así lograr recuperar la inversión y generar ganancias, esto se debe entre otras cosas a la gran competencia que ofrece un mundo globalizado, misma que ha sido ganada por obvias razones por las grandes cadenas de productos y servicios, quienes han invadido el mercado, lo que se traduce en una competencia desigual entre el negocio que inicia y el mercado acaparado por estos monstruos comerciales, pero ¿a que se debe que un establecimiento de éstos haga su aparición con mayor probabilidad de tener éxito que uno que inicia?, ¿será acaso la inversión en infraestructura, aun cuando no brinde un servicio personalizado?, ¿porque la gente acude a éstos cuando son nuevos y no al que ya existía en la esquina de su casa?, pues bien la respuesta es que ya cuentan con un mercado que han ido ganando a través de la calidad de sus productos y/o servicios y por supuesto por la mercadotecnia empleada.

Luego entonces, es o no viable iniciar un negocio a pesar de las altas probabilidades de fracasar en el intento, pues bien, la respuesta es que si es viable iniciarse en el mundo de los negocios, encontrando un sistema que nos permita competir con las grandes cadenas comerciales ya existentes; este sistema es el de la franquicia, que no es nada nuevo aunque

también es cierto que ha sido descuidado. Este sistema nos proporciona dos opciones, ampliar nuestro negocio o adquirir uno con un mercado ya ganado, que son básicamente las dos grandes ventajas que ofrece entre un sin número que a lo largo del presente trabajo de investigación se podrán apreciar, puede que ahora surja la pregunta de ¿porqué proponer una legislación que regule al contrato de franquicia si esta es una puerta al éxito en el mundo de los negocios?

Pues bien, siendo la franquicia un negocio y sin ser esta la excepción a la regla, existe el riesgo de fracasar, antes siquiera de recuperar la inversión inicial, esto debido a las lagunas que nuestro derecho ha ignorado, aunque es lógico pero no justificable, debido a que este sistema se introdujo en el país a finales de los años ochenta y la pionera en nuestro país fue la empresa, McDonald's, considerando que en Estados Unidos de Norteamérica, este sistema surgió al término de la segunda guerra mundial y es el único país en el que se encuentra regulado por la gran mayoría de sus estados, o en Europa que existe un código de buena conducta que intenta unificar criterios tanto de franquiciantes, que es la persona que otorga la franquicia, como de franquiciatarios, que son quienes adquieren la misma, sin embargo digo también que no es justificable porque los legisladores podrían fomentar la inversión no solo nacional sino extranjera, si existiera más transparencia en la celebración de este tipo de contrato, dicho sea de paso si no existe autoridad que restrinja a los franquiciantes, estos seguirán incluyendo cláusulas leoninas, después de todo que empresa está dispuesta a negociar sus contratos.

Debido a los elementos que involucra este instrumento jurídico, la autoridad administrativa que ha tenido conocimiento de los conflictos que se suscitan en torno a este contrato, ha sido el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, I.M.P.I., ya que al intervenir elementos como son las marcas, las patentes, nombres y avisos comerciales y know-how, cada uno de ellos registrables antes el referido Instituto, excepto el know-how, un elemento sui generis que puede ser o no registrado pero igualmente protegido o restringido su uso; y desde luego al

tratarse de un contrato de naturaleza mercantil entonces las partes están facultadas a hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes para conocer del asunto.

Finalmente y lo que motivo este trabajo de investigación fue el evitar una desproporción entre las partes que intervienen en la celebración de este acto jurídico, la cual sería evitada de existir una regulación ha este sistema.

**CAPÍTULO I**  
**ANTECEDENTES DE**  
**LA FRANQUICIA**

Para poder referirnos a la franquicia como tal, deberíamos remontarnos a mediados del siglo XIX, cuando I. M. Singer and Co., tuvo que hacer frente a un problema serio de distribución de sus famosas máquinas de coser. El problema no era otro sino el de cómo lograr distribuir el producto a nivel nacional, ya que contaba con reservas bajas de efectivo y si a esto agregamos que era una época en que sus ventas todavía no eran buenas, dado lo innovador del producto, después de todo en ese tiempo quien podría comprar máquinas de coser como sucede hoy en día. En 1851, uno de sus representantes de ventas ubicado en Dayton, Ohio, que operaba bajo comisión, logró vender la cuota establecida de dos máquinas y, además, generar una lista de personas interesadas en conocer el funcionamiento de las mismas.

Sin embargo, cuando este vendedor llamó a la casa matriz solicitando un mayor número de máquinas, esta se vio obligada a negárselas ya que atravesaba por problemas serios de flujo, no tenía capital para manufacturar las máquinas solicitadas. Esto trajo por resultado que las personas interesadas que pudieron haber comprado las máquinas, si tan sólo las hubieran visto en operación declinaran su solicitud a adquirirlas. La compañía sabiendo que se le había escapado una venta sumamente importante que sin duda habría cambiado su situación económica e impulsadas por su desesperación, cambió su estructura básica de funcionamiento. A partir de ese momento, optó por cobrarle a sus vendedores en vez de pagarles, con lo cual eliminó su carga de asalariados y creó lo que podríamos denominar como el primer esquema de concesionarios en Estados Unidos.

A través de este sistema, los "concesionarios", optaron por pagarle a Singer una cuota por el derecho de vender sus máquinas en territorios previamente establecidos. Éstos compraban las máquinas a 60 dólares y las vendían con un sobreprecio, de esta manera resolvieron el problema de ventas y distribución que presentaba la compañía, y como consecuencia se resolvió el problema de flujo de efectivo que afrontaba Singer.

Incluso se podría decir, que éste fue uno de los esquemas de distribución que sirvió como fundamento para los elaborados sistemas de franquicia en la actualidad.

Para finales del siglo XIX, General Motors adoptó un esquema básicamente idéntico. En 1898 a la compañía se le presentó la misma disyuntiva que a Singer, ya que como se trataba de una compañía joven que no contaba con los recursos necesarios para abrir puntos de comercialización propios, tuvo que otorgar concesiones, éste sistema como nos podemos dar cuenta es empleado exitosamente en la actualidad por la industria automotriz. Encontramos que en los anales del desarrollo de las concesiones automotrices, en los primeros casos las armadoras incluyeron a dueños de tiendas de bicicletas y de ferreterías como sus concesionarios que empezaron a vender autos como un negocio adicional. Esta no fue el único intento de General Motors para realizar sus ventas, empleó otras como fueron las ventas por correo directo y a través de tiendas departamentales, sin embargo la franquicia probó ser el medio más exitoso para la venta de sus vehículos. Podemos concluir diciendo que de manera inteligente la GM, en vez de emplear sus escasos recursos económicos para adquirir los bienes raíces necesarios para establecer puntos de venta de autos, los destinó para la investigación y cuidadosa producción de sus vehículos, con lo cual pudo consolidar su posición como líder de la industria.

Años más tarde, compañías petroleras y de autopartes optaron también por un emplear un primitivo pero eficiente sistema de franquicias con lo que no solo lograron incrementar de manera considerable la distribución de sus productos, sino que, su capital no corría riesgo alguno, es decir, lo que en realidad hizo funcionar este sistema de franquicias fue el interés de quienes deseaban emprender un negocio propio en una industria tan popular en ese momento como lo era la automotriz.

El caso de las gasolineras resulta por demás interesante, ya que, hasta 1930, las compañías petroleras eran dueñas de la mayoría de dichos establecimientos. Acto seguido,

las gasolineras independientes que operaban con autorización de las compañías petroleras empezaron a caer en una agresiva guerra de precios. Por el miedo a perder ganancia en dicha guerra, Standard Oil Co., de Indiana optó por rentar sus estaciones a los administradores de las mismas. Los nuevos concesionarios o franquiciatarios establecieron sus propios precios y generaron así sus propios ingresos, con los riesgos, beneficios y satisfacciones de un empresario. Fue así como la Standard Oil Co., dejó de pagar salarios y prestaciones que le resultaban excesivamente costosos, y comenzó a cobrar rentas de estaciones que permanecían más tiempo abiertas y se manejaban más eficientemente, lo cual aportó a la compañía petrolera tremendos beneficios en un corto plazo. Como se puede imaginar esto marcó el parámetro y las demás compañías petroleras copiaron el sistema empleado, el cual sigue vigente hasta el día de hoy en casi todo el mundo.

Sin lugar a dudas, otra precursora importante del sistema de franquicia fue Coca-Cola. En 1886, creció aunque de manera lenta, gracias a su sistema de fuentes de sodas, y no fue sino hasta 1899, cuando dos inversionistas en Chattanooga logran persuadir al presidente de la compañía para que éste les otorgara los derechos para vender Coca-Cola en botellas en casi todo el país, con la única limitante de que estos nuevos productos no interfirieran con su negocio de fuentes de sodas. Es así como estos dos empresarios establecieron la primera embotelladora en el 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 relativo al mismo. Conforme fue creciendo la demanda por la bebida embotellada, los dos empresarios decidieron franquiciar, o dicho de una mejor manera, subfranquiciar, (hay que recordar que ellos eran franquiciatarios), los derechos del producto para distintas zonas geográficas, dada su falta de recursos y habilidad administrativa a nivel nacional. Ellos compraban el concentrado de Coca-Cola y lo revendían a los subfranquiciatarios, para 1919, ya existían 100 embotelladores que participaban en este creciente negocio; pronto siguieron este ejemplo otras refresqueras como Pepsi-Cola (actualmente Pepsi) y Dr. Pepper.

En 1925, Howard Johnson inició un negocio de refrescos y helados con solo 500 dólares que obtuvo como préstamo. Años más tarde, el negocio había evolucionado lo suficiente como para ser propietario de un par de restaurantes bastante exitosos con la característica singular de tener un techo naranja brillante. Los planes de expansión que tenía contemplaban el desarrollo de los negocios con capital propio. Sin embargo, la depresión de 1929 lo obligó a cambiar sus planes, lo cual afectaría para siempre el negocio de la hotelería, así como el paisaje de las carreteras de Estados Unidos. El señor Johnson requería de lo que él llamó un "socio" franquiciatario, por lo que convenció al dueño de un restaurante Cape Cod, en el noreste de Estados Unidos, de usar su nombre y de comprarle sus productos. Ambos prosperaron de forma tal que, para 1940, existían ya 100 restaurantes a lo largo de la costa de Estados Unidos. El resto es historia, Howard Johnson se convirtió en una de las franquicias hoteleras más importantes de Estados Unidos.

## 1.1 EL BOOM

El gran boom, es decir la explosión de las franquicias se produjo justo después de la Segunda Guerra Mundial, una combinación de factores sociales, económicos, políticos, tecnológicos y legales crearon el clima propicio para esta expansión.<sup>1</sup>

El crecimiento repentino de la población norteamericana, denominado baby-boom, aunado al incremento generalizado del poder adquisitivo de los consumidores norteamericanos, generaron una fuerte demanda de una variada gama de productos, otro factor sin lugar a dudas fue la masiva migración de las granjas a las ciudades y suburbios, esto aceleró la demanda de servicios de apoyo.

El espíritu optimista del momento aunado al deseo de dejar atrás esos días difíciles tanto de la gran depresión como de la guerra mundial que terminaba, crearon un esquema de consumismo, el cual dio pie a la compra generalizada de todo tipo de bienes, entre los que

---

<sup>1</sup> Enrique y Rodrigo González Calvillo, *Franquicias, La Revolución de los 90's*, p. 35

figuró el de automóviles, una vez incrementados el número de autos, se hizo evidente la necesidad de una mayor infraestructura de carreteras y estacionamientos; ello impulsó la creación de centros comerciales o shopping centers con amplio espacio para estacionamiento y con una nueva apariencia y funcionalidad. La creación de estos centros comerciales trajeron como consecuencia lógica nuevas presiones y una férrea competencia con las tiendas, hoteles, restaurantes y negocios tradicionales o familiares ubicados en los centros de las poblaciones y ciudades.

Finalmente, los avances tecnológicos permitieron la creación y producción de nuevos productos y servicios, así como su ágil transportación y publicidad, etapa en la cual la introducción de la televisión fue factor verdaderamente trascendental, y fue justo en ese momento cuando se presentaron las franquicias como el medio ideal para distribuir cientos de nuevos productos que satisficieran las nuevas condiciones de negocios, así como la voraz demanda de los consumidores norteamericanos. Esto sin mencionar que este sistema, resolvía los problemas de falta de capital en las empresas, de controles administrativos y de control de calidad de sus productos y servicios, asegurándose así que todo se producía de acuerdo con sus requerimientos.

Este clima de negocios no hubiese sido tan exitoso si no hubiera sido apoyado muy oportunamente por los factores siguientes:

- El gobierno federal norteamericano, que por medio de la Small Business Administration, cuyas funciones giraban en torno a brindar asesoría, además de estímulos financieros,
- Una adecuada estructura fiscal, y
- La disposición de la comunidad financiera para prestar grandes sumas a franquiciantes y franquiciatarios.

Fue así como franquicias con la más diversa gama de funciones abrieron sus puertas al público, como fueron las de limpieza de drenaje, de empleados temporales, de hotelería, de helados y comidas rápidas, etc.

de un paquete o fórmula de fácil asimilación, la cual fue puesta en práctica por personas que, en la mayoría de los casos, no tenían un grado parecido de conocimientos o educación en la materia, esto es lo que hoy en día se conoce como el "know-how".

Lo anterior, trajo como consecuencia que esas negociaciones que "abrieron camino" sean hoy por hoy las empresas que más conocemos, si pensamos en franquicias, seguramente vendrían a nuestra mente nombres como Dunkin Donuts, Kentucky Fried Chicken, Holiday Inn y no podría faltar McDonald's, pues bien todas ellas otorgaron franquicias de formato de negocio figuran. McDonald's, fue la primer compañía en explotar este innovador concepto y es por ello que vale la pena analizar su caso con más detalle.

Sin lugar a dudas, al referimos a McDonald's, debemos hablar de su fundador Ray Kroc, quien es reconocido a nivel mundial como uno de los precursores más importantes de la franquicia de formato de negocio, él comenzó su larga e interesante carrera de hombre de negocios como vendedor; aunque dicho sea de paso, si algo debe tener un hombre de negocios es visión y él vaya que la tenía, ya que asesoraba a quienes eran sus clientes en técnicas y sistemas para incrementar sus ventas, nos podemos preguntar y esto con que finalidad, sencillo si ellos incrementaban sus ventas, entonces como una consecuencia lógica esa venta adicional se reflejaría en un incremento en los pedidos de los productos que él les vendía. De hecho todo comienza a cobrar sentido cuando propuso la venta de malteadas "para llevar", a uno de sus clientes, desde luego cuando este concepto era totalmente innovador, y él se vería beneficiado ya que vendía vasos desechables.

Fue así como años más tarde encontró en algunas franquicias como Dairy Queen y Tastee-Freeze a estupendos clientes para un equipo, denominado multimixer, el cual desde luego, vendía él, cuya novedad consistía en que se preparaban cinco malteadas al mismo tiempo; y fue entonces cuando en su afán por buscar potenciales compradores, cuando de pronto se enteró de que un pequeño restaurante de hamburguesas tipo drive-in, había ordenado ocho

multimixers; esto despertó la curiosidad de Kroc, quien decidió ir a San Bernardino, California, para ver el único restaurante de esa naturaleza que tenía un volumen de clientes para justificar la compra de ocho multimixers, y así poder servir 40 malteadas a la vez.

Lo que a primera vista pudo parecer otro restaurante, para Kroc resultó ser el generador de dinero más eficiente que él jamás había visto, debido al excesivo volumen de clientes que atendía. Sin embargo y a pesar de la gran visión de negocios de Kroc, había una pregunta que se hacía ¿cuál era el secreto de "McDonald's Famous Hamburgers" de San Bernardino, y de esta forma realizó un análisis minucioso llegando a las siguientes conclusiones:

- La primer diferencia con relación a otros restaurantes de comida rápida era sin lugar a duda la calidad permanente de sus productos día tras día por medio de un proceso de operación muy eficiente, aunado a un menú fijo, es decir, la gente que acudía a consumir sabía que se trataba de una comida confiable y al tener un menú fijo, los que acudían tenían conocimiento de que producto elegiría.
- La segunda conclusión a la que llegó, por insignificante que pareciera, fue que en el restaurante había baños limpios para los vendedores y demás viajeros o paseantes.
- Y la tercera y última observación que Kroc, hizo fue que las ventanillas de atención tenían una interacción directa con los clientes, esto traía como consecuencia la efectiva rotación del personal y una excelente eficiencia operacional.

Una vez que Kroc analizó las ventajas que presentaba este restaurante con relación a otros, dejó volar su imaginación y visualizó cientos de McDonald's a lo largo de Estados Unidos de Norteamérica, manejando el mismo volumen de clientes por restaurante y esto lo multiplicó por el número de multimixers que vendería, por lo que, sin más ni más, se presentó ante los fundadores y dueños del restaurante, los hermanos Maurice y Richard McDonald, le tomó más tiempo del que Kroc imaginó pero finalmente los convenció de todos y cada uno de los beneficios económicos que les aportaría una expansión por toda la unión americana, a lo que los hermanos McDonald accedieron a ampliar su negocio, desde luego, Kroc como todo

buen hombre de negocios consiguió cerrar el trato siendo el responsable absoluto de comercializar las franquicias, esto claro a cambio de la mitad de los ingresos que se obtuvieran, esto dio a Kroc la oportunidad de hacerse de mucho dinero.

Kroc, empezó con la construcción y puesta en marcha de la unidad piloto en Des Plaines, Illinois, esto con la finalidad de lograr redefinir e incrementar la eficiencia del negocio, requiera de un lugar en donde existiera la posibilidad de experimentar nuevos conceptos y de igual manera crear un récord que pudiera medir las ventas para los futuros franquiciatarios. Para este reto que enfrentaba Kroc decidió empezar a trabajar con un esquema operacional que, desde su fundación en 1948, se manejaba en una forma eficiente, sin embargo localizó algunos métodos para detectar y mejorar áreas de operación que generaban pequeños desperdicios, que sin ser exorbitantes, a la larga ahorraron muchos dólares.

Bien, la parte administrativa estaba resuelta, pero justo ahora venía el mayor reto que debía enfrentar, debiendo desarrollar especificaciones y guías operacionales para posteriores franquicias; considerando todos y cada uno de los detalles por insignificantes que éstos parecieran, desde la estandarización del tiempo de servicio de una comida promedio y el peso preciso de la carne de la hamburguesa (1.6 onzas con un máximo de 19% de grasa), hasta el almacenaje de los bimbolios para su perfecta viscosidad, pasando por la no menos laboriosa tarea de igualar a través de condiciones artificiales la receta y la calidad de las papas fritas de los hermanos McDonald, las cuales dependían de las condiciones climatológicas desérticas de San Bernardino.<sup>2</sup>

Desde luego, la historia redactada hace más énfasis en Kroc, que en los hermanos McDonald, ya que sin saberlo, Kroc hizo mucho más que lograr eficiencia y desarrollar especificaciones de un negocio exitoso, en realidad se convirtió en el creador de las franquicias con formato de negocio.

---

<sup>2</sup> Enrique y Rodrigo González Calvillo, *Ibid*, p. 39 y 40.

Con la creación de la franquicia de McDonald's, Kroc introdujo conceptos que mostraban uniformidad o estandarización de producto nunca antes usados. Además fue el primero en utilizar las técnicas de producción industrial en serie en el área de servicios, esto fue lo que hizo la diferencia y a partir de ese momento se podrían montar negocios que anteriormente eran hechos a la medida y operados con una baja rentabilidad y eficiencia, y convertirlos en partes pequeñas e idénticas de una gran empresa.

No es descabellado afirmar que Kroc es a la industria de los servicios lo que Ford fue a la industria automotriz, ya que fue él quien vitalizó a esta industria en Estados Unidos. Con la aparición de Ray Kroc, el consumidor pudo acceder a servicios que anteriormente fueron considerados como lujos, como el caso de las lavanderías y las agencias de viajes, esto porque se lograron reducir costos y trajo beneficios a quienes franquiciaban, desde ambos lados, es decir, el franquiciante ganaba al ampliar su mercado y sus ingresos, y el franquiciatario, lograba montar un negocio que tenía ya un mercado hecho y la publicidad del mismo era masiva, lo que reducía costos de la misma.

Desde luego que los hermanos McDonald, no se fueron con las manos vacías, la aparición de ese hombre de negocios, Ray Kroc, significó muchos millones de dólares para ellos, ya que para 1959 existían 100 restaurantes franquiciados y para finales de los ochenta más de 10 mil. Hoy en día hablar de McDonald's, es hablar de una franquicia con operaciones en más de 68 países, con un presupuesto de publicidad que ninguna otra compañía iguala y con más puntos de venta que cualquier otro comercio en el mundo.

Pues bien este solo es un ejemplo de los resultados que se obtienen al lograr integrar a ese sistema un negocio, pero dejando de largo la historia de Kroc y McDonald's, en los últimos años Estados Unidos se ha caracterizado por el crecimiento en términos de volumen de franquicias que operan por industria, así como en términos del número de industrias que funcionan dentro del marco de las franquicias. En ese orden de ideas, se calculan en más de

500,000 los establecimientos que operan bajo el sistema de franquicias en Estados Unidos, y estos abarcan más de 40 industrias distintas con una clara tendencia sobre el sector de servicios.

Este increíble incremento se encuentra reflejado perfectamente en el crecimiento de las franquicias con formato de negocio o de tercera generación, cuyas ventas durante los últimos años han tenido aumentos del 10% y sus ventas totales cubren ya un poco más de la tercera parte de todas las ventas al menudeo en el mercado americano, esto equivale aproximadamente al 15% del producto nacional bruto de Estados Unidos, y emplea, hoy por hoy, a más de 7.3 millones de personas, es decir que además de todo es un excelente generador de empleos. El impacto que han tenido las franquicias ha sido distinto en los diversos sectores de la economía, no cabe la menor duda que el sector de mayor crecimiento ha sido el de los restaurantes, sobre todo los llamados alimentos rápidos o "fast-food", este sector precede al de las ventas al menudeo y al de la hotelería.

En 1960, se funda la Asociación Internacional de Franquicias y sin lugar a duda la más importante responsabilidad de ésta, ha sido representar los intereses de las compañías de franquicias ante el Congreso de Estados Unidos, evitando la promulgación de leyes que pudieran obstruir el crecimiento y desarrollo de las franquicias en ese país.

### **1.3 LA FRANQUICIA Y SU INTERNACIONALIZACIÓN**

En otros países la aparición de las franquicias, ha experimentado el mismo fenómeno que en Estados Unidos, este se traduce en expansión en tiempos muy cortos, sin embargo, como es lógico, cualquier comparación es necia y en ningún país del mundo se han desarrollado con tanta fuerza las franquicias como en Estados Unidos, pero esto no conlleva a dejar a un lado lo ocurrido en otros países, sino por el contrario resulta de gran interés analizar lo que ha pasado en estos países, incluyendo desde luego a México.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Enrique y Rodrigo González Calvillo, *ibid* pag. 46.

En la década de los sesenta, empezó a producirse lo que se conoció como la internacionalización de las franquicias y para 1971, habían cerca de 156 franquicias norteamericanas todas operando con 3,365 unidades fuera de los Estados Unidos, en la actualidad, hay más de 400 compañías norteamericanas que otorgan franquicias fuera del territorio y por consiguiente del mercado estadounidense, la gran mayoría de ellas localizadas en países como Canadá, Japón, el Reino Unido, Francia, Italia y Australia.

Resulta asombroso como se han incrementado los negocios exitosos a lo largo y ancho de todo el mundo, ya que además de convertirse en las grandes cadenas locales, se han transformado en franquicias multinacionales y que, en la gran mayoría de los casos, incluso exportan su concepto y fórmulas de éxito a nivel nacional.

Esta situación que se presenta respecto a la internacionalización y la exportación de franquicias será cada vez más clara y coherente, ya que, se han facilitado las condiciones para exportar una franquicia esto como una consecuencia lógica de la revolución económica que se ha suscitado en todo el mundo y que se ha denominado globalización de los mercados, esto ha traído grandes ventajas ya que no es otra cosa que la interrelación de los países y la creación de zonas de libre comercio.

Todo esto ha beneficiado también a las franquicias ya que es así como las marcas, los conceptos y las grandes ideas llegan a los demás países con mucha mayor velocidad, y esto agiliza el "atterrizaje" y la promoción a nivel mundial los conceptos, sistemas o métodos de una franquicia extranjera.

Otra consecuencia de la globalización de los mercados, es que se han ido uniformando las necesidades y los hábitos de los consumidores a nivel mundial y si a esto agregamos que es posible reducir las probabilidades de error cuando se introduce una franquicia a un nuevo mercado, ya que antes de asentarse la misma, se realizan una serie de cuidadosas investigaciones de mercado, y esto permite que se identifiquen las necesidades de la comunidad a la que pretende introducirse el negocio y así satisfacer las mismas, a este

proceso se le conoce como "tropicalización", dicho en otras palabras, es adaptar el concepto original al lugar en el que se establece, lo cual asegura que su "aterrizaje" o asentamiento sea mucho menos riesgoso. Desde luego algo de lo que considero como un resultado palpable de la situación de internacionalización de las franquicias y el rompimiento de las llamadas barreras tradicionales, o sea, los patrones del pasado fueron tanto la entrada de McDonald's a la Unión Soviética como la de Kentucky Fried Chicken, actualmente KFC, a China.

En el primer caso, es decir el de McDonald's, tomó más de 12 años las negociaciones intensas para lograr que la Unión Soviética se convirtiera en el país número 52 en aceptar su modelo de franquicia, esto sorprendió a más de uno que consideraban que el sistema soviético sería la última frontera de las franquicias, que a fin de cuentas, son la representación de un sistema preponderantemente capitalista, pero para sorpresa de propios y extraños, las autoridades soviéticas dieron muestra clara de la apertura que se llevaba a cabo en ese país.

Por otra parte, en lo concerniente a Kentucky Fried Chicken fue distinto, ya que no les tomó más de cuatro meses de negociaciones, desde luego, KFC, contó con ciertas ventajas, ya que el interés de las autoridades chinas en este caso era el de importar un concepto y un sistema de negocios: eficiencia y técnica más que unos pollos empanizados. Con esto se abrió la primera cadena de comida rápida en China y el más grande de los 7400 KFC del mundo, ya que tiene una capacidad de 500 asientos. Antes de determinar el lugar en el cual se establecería, se estudiaron por lo menos cuatro o cinco localidades pero se determinó que Beijing sería el mejor de todos si consideramos la cercanía de ésta con los centros de abastecimiento de pollos que cumplían con los requerimientos y estándares de KFC. Otro factor determinante fue que el restaurante se constituyó en sociedad con las autoridades chinas, quienes poseen el 40% de su propiedad.

De los dos ejemplos mencionados, se desprende el alcance de las franquicias y se desprende el avance cotidiano del proceso de internacionalización, esto no quiere decir que

de formato de negocio, tal y como lo hace McDonald's o Kentucky Fried Chicken, con más de 200 negocios en Estados Unidos y muchos otros en el resto del mundo.

Sin embargo este mercado presenta problemas de medición y estadística, como resultado de la falta de organización y de una legislación uniforme, de hecho los únicos precedentes se encuentran en los artículos 85 y 86 del tratado de Roma, ya que tienen relación con el tema de franquicias, pero no abundan en el tema, por lo que no se puede hablar de que exista una regulación a las mismas, esto se debe a que las asociaciones locales muestran un marcado favoritismo al esquema de la autorregulación, de lo contrario se habría trabajado respecto a una legislación; no es descabellado pensar que los franquiciantes prefieran este método, ya que no existe norma alguna en la forma en la que se deban regir las negociaciones entre ellos y los franquiciatarios, esto da pie a pensar si no existen ciertas cláusulas leoninas, en las cuales se basan los primeros para obtener una mayor ventaja, por esto considero de vital importancia que nuestros legisladores no dejen pasar por alto la posibilidad de crear una legislación que regule a este contrato.

La Federación Europea de Franquicias, agrupa a las asociaciones nacionales de Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza y el Reino Unido, con el objetivo de proveer a las asociaciones locales de los países miembros un acceso colectivo y de mayor fuerza a la Comisión Europea, entidad encargada de regular todos y cada uno de los asuntos comerciales de la Comunidad Económica Europea. Esta Federación ha establecido un código de ética y tiene acceso al Comité de Comercio y Distribución de la Comunidad Económica Europea, así como al Comité de Liasón de la Distribución, este último aun cuando no es un organismo oficial, si es de gran importancia en lo que se refiere a distribución de productos en toda Europa.

Debemos remarcar la importancia que le ha dado el Reino Unido al desarrollo de las franquicias dentro del contexto de la Comunidad Económica Europea. Su primera franquicia de

es realmente significativo ya no era sino el primer paso para posteriormente poder operar con franquicias de tercera generación, conocida como de formato de negocios, y empezar a figurar en el primer mundo, desde luego en lo que se refiere a franquicias y no hay que perder de vista que esto fue en la segunda mitad de los 50's. Actualmente, Brasil cuenta con 430 franquicias de alta complejidad, de las cuales sólo 10% son de origen extranjero, esto fue el resultado de verse en la necesidad de crear en vez de importar tecnología, la consecuencia lógica es un ahorro económico tremendo.

Como en cada país de los que se mencionan, Brasil tuvo un período que marcó el despegue, a esos lapsos se le denomina el "boom", de tal forma que en caso del país carioca, el gran boom de las franquicias fue a mediados de la década de los 80's después de un crecimiento muy paulatino pero pausado. Hay que recordar que ha pesar de los reveses sufridos, la economía brasileña, a la fecha, es la número ocho del mundo.

El boom brasileño no se produjo sólo en términos de volumen, sino también en cuanto a la calidad y tecnología de las franquicias locales, esto habla de la madurez de este mercado. El multireferido boom no fue otra cosa sino el punto de partida y que la transformación vertiginosa de las franquicias brasileñas, pasaron de operar con tecnología de primera generación a operar con formatos de segunda y tercera generación, o sea con formato de negocio.

La consecuencia lógica de que en Brasil surgieran franquicias locales, fue la exportación de estas, y en países como son Estados Unidos, Portugal, Japón y en Rusia. Siguiendo con el fenómeno de las franquicias, la mayoría de estas franquicias son del ramo alimentario, representadas por las llamadas "churrascarias", la excepción a la regla aunque en un número mucho menor, es que existen unas cuantas en el ramo del vestido y una en específico en el negocio del agua de colonia natural, O'Boticario, la franquicia más reconocida en Brasil.

## 1.8 LA FRANQUICIA EN MÉXICO

Por fin ha llegado el momento de analizar los antecedentes y el desarrollo que ha tenido esta figura sui generis en nuestro país, ya que México se mantuvo por años ajeno al desarrollo explosivo que la franquicia alcanzó durante las últimas dos décadas a nivel mundial y, sin embargo, podemos decir que la franquicia es hoy, en nuestro país, uno de los sectores del comercio que registran un mayor crecimiento, de ahí el interés de lograr desarrollar el presente trabajo de investigación, es difícil no imaginar cuando hablamos de comer una hamburguesa pensar en McDonald's, Burger King o Arby's, o al pedir un refresco pensar en Coca-Cola o Pepsi, sin lugar a duda son negocios que vemos por decenas a diario sin importar el camino que tomemos o si estamos dentro de la ciudad o en el interior de la República, hoy por hoy la franquicia es una de las mejores formas de iniciarse en un negocio debido al desarrollo de nuestro mercado.

Desde luego no podemos hablar de antecedentes remotos de la franquicia en nuestro país ya que no fue sino hasta la década de los 80's cuando aparece la primer franquicia y la más importante de todas no solo a nivel nacional sino a nivel mundial, por supuesto hablamos de McDonald's, esto tuvo influencia en otras franquicias extranjeras ya que a partir del éxito de McDonald's y la promulgación de diversas leyes que han buscado regular la transferencia de tecnología, otras franquicias extranjeras dirigieron la mirada hacia el territorio nacional y apostaron a este mercado, consiguiendo con esto un desarrollo en materia de franquicias de verdad exorbitante, hasta nuestros días, es decir en veinte años México ha mostrado un despliegue vertiginoso en esta materia resultado desde luego del fenómeno mundial conocido como globalización.

Sin embargo, esto no quiere decir que por existir un sin número de franquicias en nuestro país y legislaciones respecto de la propiedad intelectual, se acaben los problemas que ésta acarrea, ya que esta regulación aún resulta un poco austera, y las sanciones ineficaces y en ocasiones muy blandas, es decir no se han resuelto ni se ha brindado la protección que debe

proporcionar el Estado en esta materia y es en verdad necesario que nuestros legisladores visualicen y analicen de manera consiente la postura de los inversionistas extranjeros sin descuidar la de los nacionales, es decir encontrar el justo medio para que se fomente la inversión extranjera y se promueva entre los nacionales esa tan ansiada seguridad a la materia de propiedad intelectual ya que quienes crean imágenes corporativas en ocasiones son engañados y su creación es explotada a través de concursos de ingenio y creatividad o con cláusulas leoninas al momento de adquirir un diseño que posteriormente se convierte en una prestigiada marca, y se evite a toda costa una notoria desventaja para los franquiciatarios que se ven obligados a aceptar las cláusulas leoninas para adquirir una franquicia con un mercado hecho.

Retomando el tema, seguramente se preguntan ¿Porque mencioné que debemos considerar a McDonald's como precursor de las franquicias en nuestro país?, pues bien, ninguna franquicia daba ese paso inicial y no era de culparse ya que en el inicio de la década de los 80's, México vivía momentos críticos en aspectos económicos y políticos y fue entonces cuando esta empresa toma la decisión de entrar a nuestro país y para sorpresa de propios y extraños logra un éxito tremendo que hasta la fecha mantiene, pero ¿porque sorprendió la entrada de McDonald's a México en esta década?, bien, haciendo una remembranza, podemos recordar que en 1982, asume la Presidencia de la República Mexicana el Lic. Miguel de la Madrid, y toma al país en condiciones realmente deplorables, de hecho había sido considerada como la peor crisis que hasta el momento atravesaría nuestro país, desde luego sin contar la más reciente de 1994, en ese momento la economía estaba al borde del colapso, se nacionalizó la banca, se impuso un decreto de control de cambios por primera vez en toda la historia de México y se suspendió el pago de la deuda externa ya que el banco central registraba uno de los índices de reserva internacional más bajo de su historia.

Pero sin lugar a duda la visión y la audacia de Kroc, ayudó y a pesar de tener todo en contra o por lo menos eso se veía en el papel, con una incertidumbre económica aguda,

McDonald's comenzó a sentar las bases para su ingreso al mercado mexicano. Empezó celebrando contratos de franquicia, mismos que hasta el momento eran desconocidos en nuestro país, con Saul Kahan y Diego Zorrilla y fue entonces cuando se abrieron las dos primeras unidades en las ciudades de México y Monterrey. El primer paso antes de abrir las unidades era obtener la aprobación y registro de sus contratos ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, labor encargada actualmente al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (I.M.P.I.), sin embargo en ese momento representó un trámite difícil y complicado, ya que como se menciona estos contratos no eran conocidos en el país, únicamente se tenía una muy somera idea de lo que era una franquicia.

Y justo aquí fue cuando empezó lo complejo del asunto ya que para que la aprobación y registro de los contratos fuera posible, las autoridades impusieron a McDonald's una serie interminable de compromisos. Una vez que la empresa cumplió con ellos, hubo que hacer entender a las autoridades lo que era una franquicia con una mayor perspectiva que la que poseían ya que solo así se podría aprobar y ordenar el registro de los contratos, hago la aclaración una vez más que definitivamente estos contratos no tenían nada que ver con el tipo de contratos que se habían sometido para su aprobación y registro en el pasado, el inicio fue duro pero esto marcó la pauta para que de ahí en adelante, se tuvieran bases firmes para diferenciar al contrato de franquicia.

Algo de lo que llamó la atención a las autoridades fue lo voluminoso de los contratos de franquicia que se presentaban ante esa dependencia, ya que estaban acostumbrados a estudiar para su aprobación contratos de licencia de marcas o de asistencia técnica que ordinariamente no tienen más de 15 cuartillas, sin embargo causaba estupor tratar de estudiar los primeros contratos de franquicia que se ingresaron ya que, en el mejor de los casos, eran instrumentos jurídicos que contaban con 50 hojas, más sus anexos. Sin embargo, ya se sabía lo que era una franquicia y ya no se le confundía tan fácilmente con otras figuras afines. Una vez que se superaron los trámites administrativos mencionados se estuvo en posibilidad de

abrir las primeras unidades, no fue sino entonces cuando se dio a conocer en Estados Unidos que McDonald's ya estaba en México.

Al demostrar McDonald's que el mercado mexicano estaba listo para las franquicias, algunas otras empresas siguieron su ejemplo y fue así como llegaron a México importantes franquicias norteamericanas entre las que figuran Howard Johnson y TGI Friday's, con esto se marcó a finales de 1987 el inicio de lo que en los años posteriores, sería la explosión de las franquicias extranjeras en México.

Los tres ejemplos mencionados en el párrafo que antecede son los primeros que se tienen registrados pero no los únicos en los últimos años de la década de los 80's y en los primeros de los 90's, surgieron otros nombres que actualmente podemos reconocer y algunos que no corrieron con tanta suerte aún los recordamos como negocios exitosos pero efímeros, entre ellos figuraban Videocentro, Triónica y Dormimundo, además de las franquicias desarrolladas por Grupo Mexicano de Franquicias, S.A., compañía creada bajo los auspicios de Televisa y que decir de los famosos Helados Bing, franquicia adquirida por José Luis González y González, en esos años se dio la consolidación de Helados Holanda en Grupo Quan, S.A., quien se convirtió sin lugar a dudas en una de las empresas más dinámicas en el ramo de los helados. Finalmente, hago referencia a la franquicia Vip's la cual, se presentó como uno de los proyectos de franquicia más serio y de mayor potencial que se desarrollaban simultáneamente, y prueba de ellos es que a la fecha quien de nosotros no ha comido en uno de estos restaurantes, y resulta lógico ya que los encontramos en cualquier lugar no solo de la ciudad sino de la república, lo que nos indica que ha sido una franquicia manejada con mucha inteligencia ya que existen las suficientes para ser conocidas por todos pero no se ha excedido en la producción de franquicias, de lo contrario la marca pierde toda su exclusividad, sin ser materia de la presente investigación, la mercadotecnia juega un papel sumamente importante, me atrevería a decir que casi con la misma o incluso con mayor importancia que el mismo contrato que a fin de cuenta es el instrumento con que nace a la vida jurídica una franquicia.

introducción de estos conceptos, un gran número de empresarios mexicanos se dio cuenta que no sería descabellado franquiciar su negocio, eso es justamente lo que se conoce como la segunda edad de las franquicias y se caracteriza por el desarrollo de franquicias mexicanas, desde luego como se menciona para haber podido llegar a la segunda etapa, fue indispensable pasar por la primera y la inyección, de capital extranjero en los conceptos que entraron a nuestro país, dio lugar a que se crearan franquicias nacionales. Cabe hacer mención que no todas ellas lograron consolidarse, entre las que ingresaron y aún se mantienen son las siguientes:

- Athlete's Foot (calzado deportivo),
- Burguer King (restaurante),
- McDonald's (restaurante),
- Arby's (restaurante),
- Holiday Inn (hoteles),
- Gymboree (acondicionamiento físico),
- Century 21 (bienes raíces),
- Blockbuster (renta de videos),
- TCBY (yoghurts),
- Seven Eleven (autoservicio),
- KFC (pollo frito),
- Subway (sandwiches),
- Chili's (restaurantes),
- TGI Friday's (restaurantes),
- Domino's Pizza (pizzas),
- Wendy's (hamburguesas),
- Howard Johnson (hoteles),
- Florsheim (calzado),

- Bennetton (ropa),
- Hard Rock Café (restaurante),
- Pizza Hut (pizzas),
- Coca-Cola (bebida refrescante),
- Pepsi (bebida refrescante), etc.

Los factores que alentaron el surgimiento de la segunda edad de la franquicia fueron en primer lugar la globalización, de la cual no podían hacer caso omiso México y el otro factor fue la estadística que mostraba que uno de cada tres dólares gastados por los consumidores norteamericanos en la compra de bienes y servicios fueron gastados en negocios franquiciados cuando se piensa en los beneficios económicos que puede proporcionar un negocio franquiciado, no se puede entender los empresarios mexicanos tardaron tanto en crear nuevas franquicias.

Finalmente, surge la tercera edad la cual consiste en la creación de franquicias de negocio o de formato, y esta surge cuando las franquicias mexicanas empiezan a trabajar con un formato perfectamente definido como lo hacen McDonald's, Burger King, etc.

## **1.10 LA TROPICALIZACIÓN DE LAS FRANQUICIAS**

Aun cuando consideramos que quedó claro a lo que se refiere el término tropicalizar, cuando se emplea en el lenguaje de franquicias, debemos demostrar la importancia del mismo, la diferencia entre una franquicia que se tropicaliza y otra que no lo hace puede ser la diferencia entre triunfar en la expansión o en la adquisición de la misma y el rotundo fracaso. Puede sonar contradictorio, si se ha demostrado que el franquiciar, consiste en transferir de un lugar a otro un establecimiento determinado sin que sufra alteración alguna, pero cuando se cambia de un país a otro, el cambio debe ser automático, ya que la gente del país que recibe la franquicia tiene distintos hábitos, y estos no deben ser obstáculo para el franquiciante, en fin para muestra se exponen los siguientes casos, el primero de una franquicia que la experiencia

asientos interiores y otros 200 exteriores. Posee 800 empleados y presenta un mostrador de 21 metros con 27 cajas registradoras, es decir, la infraestructura equivalente a 20 McDonald's comunes integrados en uno, el restaurante sirve 18,000 órdenes de papas fritas, 12,000 Big Macs y 11,000 tartas de manzanas todos los días. Para asegurar la provisión constante de materias primas, la empresa construyó una gran instalación de procesamiento en las afueras de Moscú y trabajó en estrecha colaboración con los granjeros locales. A pesar de los disturbios provocados por la disolución de la Unión Soviética y el cataclismo político en el otoño de 1993, hasta la fecha más de 50 millones de emparedados se vendieron en el local referido. Mientras tanto, se abrieron otros dos restaurantes en Moscú en ese mismo año, para 1995, las tres tiendas atendían a un total de 70,000 clientes al día. McDonald's dirigió también su atención hacia Europa central, donde se abrirán 350 nuevos restaurantes en Croacia, Eslovaquia, Rumania y otros países.

El menú de Moscú, donde la carne con papas es el platillo principal, ofrece los mismos platillos básicos que en Estados Unidos, sin embargo, en otros países, McDonald's modificó su menú en respuesta a los gustos locales. La variedad de platillos incluye hamburguesas teriyaki en Japón, tartas de plátano en América Latina, hamburguesas de kiwi, servidas con salsa de cerveza de raíz, en Nueva Zelanda, cerveza en Alemania, McSpaghetti en Filipinas y salsa picante para papas fritas en Singapur. En algunos países, McDonald's ha tenido que cambiar también sus métodos de preparación de alimentos, como fue el caso en Singapur y Malasia, ya que la carne de res para preparar las hamburguesas Halal debe hacerse de acuerdo con la ley islámica, en la India, McDonald's se encuentra cerca de abrir restaurantes sin embargo, la empresa debe crear primero un ingrediente sustituto para su emparedados debido a que la religión hindú prohíbe comer carne de res, un emparedado McMutton de cordero es una alternativa posible, pero no serían la primer franquicia en ingresar a la India, ya que PepsiCo. Lo hizo en 1995 a través de Kentucky Fried Chicken (KFC) en 1995. McDonald's continúa con sus planes de expansión, McDonald's International se divide en cuatro regiones: Europa y África, donde se llevan a cabo alrededor de dos tercios de las ventas internacionales,

Por desgracia, los encargados de la planeación de Disney fueron incapaces de pronosticar los cambios importantes que ocurrieron en la economía europea. El mercado de bienes raíces de París se desplomó, lo que imposibilitó la venta de todos los hoteles. Además, Europa se dirigía hacia una recesión al momento de la inauguración del parque y el precio de admisión de los adultos equivalente a 43 dólares, no era adecuado para el momento, para empeorar las cosas, las devaluaciones de las monedas de Gran Bretaña e Italia redujeron el poder adquisitivo de los invitados a esos países.

Los problemas culturales no previstos complicaron los problemas financieros. Muchos líderes de opinión franceses eran críticos abiertos del parque. Por ejemplo, la crítica literaria del periódico *Le Figaro* escribió: "Euro Disney es el símbolo del proceso por medio del cual los patrones culturales de las personas se pierden y el dinero se convierte en algo que lo conquista todo." Cuando el presidente de Disney, Michael Eisner, rechazó tal crítica, él y otros colaboradores del equipo de dirección fueron acusados de arrogancia. A pesar de la publicidad negativa en la prensa local la mayoría de los invitados eran franceses. Sin embargo, el número de visitantes era menor de lo esperado; los visitantes de Gran Bretaña y Alemania, en conjunto superaban a los franceses, por tanto, aunque los anfitriones de diversas atracciones como el Espectáculo del Salvaje Oeste de Buffalo Bill estaban preparados para hablar a los invitados en francés, en alguna noche determinada, la audiencia podía ser predominantemente alemana o española.

Ocurrieron otros disparates culturales vergonzosos y fueron publicados en la prensa en forma amplia e incluso festiva, por ejemplo, antes de la inauguración del parque, Disney insistió en que los empleados cumplieran con un código escrito y detallado con relación al vestuario, la joyería y otros aspectos de la apariencia personal. Las mujeres debían usar "ropa interior adecuada" y mantener sus uñas cortas. Disney defendió sus medidas argumentando que se utilizaban códigos similares en sus otros parques. La meta era asegurar que los clientes recibieran el tipo de experiencia asociada al nombre de Disney, a pesar de dichas

declaraciones, los franceses consideraron el código como insulto a la cultura, el individualismo y la intimidad de los franceses.

Además, al diseñar los restaurantes de los hoteles, los funcionarios de Disney asumieron que los europeos no desayunaban; como consecuencia, el número de restaurantes disminuyó. En realidad, la mayoría de los invitados deseaba consumir un desayuno completo más que un desayuno continental que incluye sólo café y pastelitos, lo que ocasionó largas filas de invitados descontentos. Un problema similar ocurrió dentro del parque a la hora de la comida, Estados Unidos es un país que se alimenta a base de bocadillos y el equipo de Disney creyó que los europeos estarían contentos ingiriendo bocadillos y comer después en los cambios de turno. Sucedió que a la 1 P.M. de cada día, los restaurantes del parque estaban repletos de clientes hambrientos. Para empeorar las cosas, la inclusión de la política establecida de Disney de no servir alcohol significó que no había vino disponible en Euro Disney. Esto fue también inadecuado en un país reconocido por su producción y consumo de vino.

Se realizaron varios cambios para remediar algunos de estos problemas y revitalizar a Euro Disney. Fitzpatrick dejó su puesto como director de Euro Disney y fue reemplazado por un francés Philippe Bourguignon. El nombre oficial del parque fue cambiado por el de Disneyland Paris. Se puso en marcha un nuevo programa en donde se reducían costos y fue así que el 30 de septiembre de 1995, Disneyland Paris cerró sus libros del año fiscal finalmente con ganancias.

**CAPÍTULO II**  
**EL CONTRATO**

El Código Civil, establece las reglas generales sobre contratos por la razón histórica de que los contratos civiles fueron los primeros en aparecer. Ahora bien, el contrato como todo acto jurídico debe reunir para ser existente ciertos elementos señalados en el artículo 1794, estos elementos son: a) el consentimiento y b) el objeto, además de reunir los requisitos de validez establecidos en ordenamiento legal referido en su numeral 1795 y son: a) capacidad de las partes, b) exento de vicios en el consentimiento, c) licitud en el objeto, y d) forma legal. A continuación se irán exponiendo los elementos y requisitos enunciados en el párrafo que antecede.

### **2.3 ELEMENTOS DE EXISTENCIA**

El acto jurídico es la manifestación exterior de la voluntad tendente a la producción de efectos de Derecho sancionados por Ley. Como todo ser real o conceptual, precisa para su formación de ciertos elementos esenciales sin los cuales no existe, como son:

- A. La voluntad, que los contratantes emitan una declaración de voluntad para celebrar el acto, esto es, que se pongan de acuerdo, lo cual en Derecho se llama consentimiento,
- B. Un objeto posible hacia el cual se dirige esa voluntad; que el contenido de sus voluntades se refiera a una conducta posible, tanto en el orden natural como en el jurídico; el objeto al que tienden las voluntades deberá ser de realización física y jurídicamente posible. Esto es, que las prestaciones, a las que las partes se comprometan, puedan ser realizadas tanto en el sentido material como en el jurídico. Hay conductas imposibles de efectuar, ya porque lo impide la ley natural, o bien porque el orden jurídico lo obstaculiza. El contrato que tiene un contenido imposible no existe como tal; y
- C. Una manera solemne para exteriorizar esa voluntad, esto se refiere a que de manera excepcional, la voluntad se exteriorice de una manera ritual, solemne, indispensable para la constitución del acto. En México, en principio, no existen los contratos solemnes y por ello el Código Civil no lo contempla como requisito de existencia.

En ese orden de ideas, la falta de la voluntad exteriorizada, del objeto posible o de la solemnidad, en su caso, provoca la inexistencia del acto. El acto jurídico no se forma, no nace y consecuentemente no produce sus efectos esperados.

### 2.3.1 LA VOLUNTAD

Es el elemento esencial, de definición, del acto jurídico. "El Código Civil, entre cuyas fuentes de inspiración figura el Código Francés, consagra la autonomía de la voluntad pero le impone las limitaciones dictadas por la protección de los intereses sociales."<sup>8</sup>

La voluntad goza de autonomía, tal y como lo consagra el artículo 1832 del Código Civil Federal, que a la letra dice: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley."<sup>9</sup>, en este numeral se establece que nadie podrá obligarse a realizar algo que no quiera dar, hacer o dejar de hacer, y en caso de obligarse no se requiere de otra formalidad que la de exteriorizar la voluntad.

La voluntad de celebrar el acto es su motor principal. En los contratos, esa voluntad se llama consentimiento y es un elemento complejo formado por la integración de dos voluntades que se conciertan. Es un acuerdo de voluntades: dos querer que se reúnen y constituyen una voluntad común. En ese sentido se requieren de dos emisiones de voluntad sucesivas, de dos declaraciones unilaterales: la oferta y la aceptación. El consentimiento no es ni la oferta sola ni es la aceptación sola. Ambas se reúnen y se funden. El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente. Determinar el momento en que se logra el acuerdo es de sumo interés, ya que en ese mismo momento surge el contrato y

---

<sup>8</sup> Manuel Bejarano Sánchez, *ibid.* p. 55

<sup>9</sup> Código Civil, art. 1832

empieza a producir sus efectos legales, pues antes de su formación no hay contrato ni obligaciones.

La comunicación de las partes puede establecerse de manera expresa o tácita. La expresa consiste en manifestarse por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos. En tanto que la tácita se exterioriza por una conducta que autorice a inferir de ella la voluntad negocial, la intención de contratar. El consentimiento tácito es el que proviene no de una declaración por medio del lenguaje o de un signo inequívoco, sino de una actitud o conducta que revela la intención de contratar.

### **2.3.2 EL OBJETO**

Con relación a este elemento de existencia, Manuel Bejarano Sánchez, indica tres acepciones para la palabra objeto:

- El objeto directo del contrato, que es el de crear o transferir derechos y obligaciones;
- El objeto indirecto del contrato, que es el objeto de las obligaciones engendradas por él, y que puede consistir en dar, hacer o no hacer;
- La cosa misma que se da.

Sin embargo, la más correcta de las acepciones es la segunda, ya que, el objeto de todo contrato es el objeto de la obligación creada por él. De ahí que el contrato tuviera tantos objetos, como obligaciones haya engendrado, cada obligación tiene su propio objeto, el cual consistirá en el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se comprometió o que debe efectuar.

Ese objeto puede consistir en las obligaciones de dar, en las de hacer y las de no hacer. Incluso el Código Civil, en su artículo 1824, establece que son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar.
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

El contrato debe tener un objeto posible, pues, de lo contrario, dicho acto no llega a existir. Será imposible un objeto cuando esa cosa, hecho o abstención no tenga factibilidad real, ya sea porque la impida una ley natural o una ley jurídica. De lo que se desprenden dos clases de imposibilidad la natural y la jurídica. La cosa objeto del contrato debe ser posible, se considera que la cosa es físicamente imposible cuando no existe ni puede llegar a existir, por impedirlo una ley natural que deber regirla necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. Y se considera que la cosa es jurídicamente imposible cuando no es realizable, por oponerse a ello una norma jurídica que debe regirla necesariamente.

Cuando hablamos de la posibilidad jurídica de la cosa podemos hacer mención lo que la misma ley señala, que consiste en la reunión de dos requisitos el primero de ellos que la misma debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie y en segundo lugar que ésta debe estar en el comercio.

El cumplimiento del contrato es jurídicamente imposible si no es factible determinar cual es su objeto. La imprecisión sobre la especie de la cosa, o sobre su medida, número o cantidad, impide el cumplimiento serio del contrato y por ello no llega a existir. Un vínculo jurídico establecido respecto de una cosa indeterminada e indeterminable no es posible, porque, al no proporcionarse las bases para su individualización, ni el acreedor sabrá que cosa puede exigir, ni el deudor conoce que deberá entregar. El Derecho considera que solo es objeto posible el que ha sido individualizado por su especie y cantidad, pues solamente así puede contraerse un consentimiento o acuerdo de voluntades a su respecto.

Con relación a las obligaciones de dar, debemos considerar que hay bienes que no pueden ser objeto de apropiación por parte de los particulares, que no pueden ingresar a su patrimonio, estos bienes son conocidos como inkomerciales. De nada serviría que celebraran un contrato donde convinieran adquirir tales bienes. Su voluntad se enfrentaría a un obstáculo insuperable, el cual impediría la consecuencia jurídica apetecida.

Los bienes de dominio público del Estado y los de dominio originario de la nación, no son susceptibles de propiedad por parte de los particulares, mientras no sean sustraídos del régimen jurídico especial al cual se hallan sometidos. Cualquier otro acto o transferencia a su respecto es imposible.

Respecto de las obligaciones de hacer y no hacer, debemos considerar el hecho o la abstención objeto del contrato deben ser también posibles física y jurídicamente, y aquí es también físicamente imposible aquél que no puede acaecer porque una Ley natural, la cual debe necesariamente regirlo, impide su realización. Por otra parte, es jurídicamente imposible aquél irrealizable porque contraría los presupuestos lógico-jurídicos de una norma que necesariamente debe regirlo y constituye un obstáculo insuperable para su ejecución. Los contratos que tuvieran por objeto tales conductas, serían inexistentes.

Cabe hacer mención que no se deben confundir los términos jurídicos de imposible y el hecho ilícito, el primero no es hacedero, no puede suceder; el segundo es posible, pero está prohibido, es lo factible vedado. Hecho ilícito es aquel que contraría las normas de orden público y las buenas costumbres.

### **2.3.3 LA SOLEMNIDAD**

La importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de que su exteriorización se realice con determinados ritos que son condición de su existencia. Adviértase que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo; si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir, es inexistente. Es así, una verdadera solemnidad que complementa el acto, es un elemento necesario para su creación.

El Derecho Mercantil cambiario presenta casos de actos solemnes, como son los títulos de crédito que consagran declaraciones unilaterales de voluntad, para la existencia del acto requiere del otorgamiento de un documento que cumpla con una serie de menciones y declaraciones precisadas por la Ley. La falta de alguna de ellas hace inexistente al título de crédito como tal.

## **2.4 ELEMENTOS DE VALIDEZ**

El acto jurídico, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, deberá reunir, además, los requisitos de validez necesarios para ser perfecto y producir efectos jurídicos plenos. Tales requisitos de validez, son sido enumerados en el artículo 1795 del Código Civil y son los siguientes:

- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- Por vicios ocultos del consentimiento;
- Porque su objeto, o su motivo o fin sea lícito;
- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

### **2.4.1 LA FORMA LEGAL**

Si el acto jurídico es una manifestación exterior de la voluntad, la forma es la manera como se exterioriza dicha voluntad, es entonces el conjunto de elementos sensibles que envuelven a la expresión de voluntad; en tal sentido, todo contrato tiene necesariamente una forma. Por forma de un negocio jurídico, debemos entender la manera en que éste se realiza, verbalmente, por escrito o por signos inequívocos es decir de manera tácita. Y como es innegable que todos los negocios tienen un modo una manera de celebrarse, podemos afirmar que no hay uno solo que carezca de forma. Pero hay algunos que valen con sólo exteriorizar la voluntad de cualquier manera, se les conoce como consensuales, y otros que valen solamente si se manifiestan con determinada forma legal, a éstos se les conoce como formales. La forma únicamente es requisito de validez del acto, su falta no impide que éste sea creado, constituido, pero es causa de nulidad. Entre las ventajas de la forma legal se encuentran las siguientes:

- a) Es una garantía de seguridad;
- b) Que los pactos no se concluyan con precipitación, pues la forma es una llamada de atención sobre las consecuencias del acto;
- c) Los compromisos no quedan en la memoria, se pueden probar;

d) Permite una inscripción en registros, dando así una garantía a los terceros.

Existen también inconvenientes de la forma legal como son las siguientes:

- a) Peligro en cuanto a la suerte que corran los actos jurídicos, pues la exigencia de la forma legal implica el riesgo de que el contrato sea anulado cuando carezca de ella y no producirá los efectos jurídicos que las partes esperaban, quedando una de ellas, probablemente de buena fe, sometida al riesgo de ser sorprendida por la otra, conocedora de la ineficacia del acto por la ausencia de forma;
- b) Incomodidad para la celebración del acto.

El Código Civil consagra un régimen equilibrado entre el consensualismo y el formalismo, exigiendo la forma sólo como un medio de prueba del acto, la cual, por otra parte, no es imprescindible si por otros elementos de convicción se puede demostrar su celebración, en efecto, el contrato celebrado sin la forma legal, será válido no obstante, si puede probarse su celebración, porque conste la voluntad de las partes de modo fehaciente o de manera indubitable. Dicha celebración puede acreditarse, por otros documentos aun siendo diferentes de los exigidos por la Ley, o tácitamente, por el hecho del cumplimiento voluntario del contrato, el cual implica una confirmación del acto. En ambos casos, cualquiera de las partes podrá exigir a la otra el otorgamiento del contrato en la forma legal y convalidar así el acto.

## **2.5 AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD**

La voluntad del autor o de las partes que celebran el acto debe estar exenta de defectos o vicios. La voluntad, elemento fundamental del acto jurídico, debe ser cierta y libre, debe ser el resultado de una determinación real y espontáneamente decidida. Si la decisión proviene de una creencia equivocada, ha sido obtenida o mantenida por engaños ha sido arrancada con amenazas entonces es una voluntad viciada que anula el contrato. En tales casos, el agente manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su intención hacia un fin que no desea en realidad.

### 2.5.1 EL ERROR

En lenguaje común es un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la verdad. Ocasionalmente, el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto, pero no todo error produce tales efectos jurídicos, es decir no todo error tiene trascendencia para el Derecho. Se justifica que no implique la invalidez cualquier error padecido por un contratante. Si así fuera, bastase que se pretextara haber sufrido cualquier equivocación al contratar para obtener la ineficacia del acto, con lo que éste sería frágil e inseguro que el comercio jurídico se vería seriamente afectado. Podemos decir que existen tres clasificaciones del error tomando en cuenta sus consecuencias jurídicas, la materia sobre la que recae y por la manera en que se genera.

En la primer clasificación, es decir tomando en cuenta sus consecuencias jurídicas es la siguiente:

#### a) Error indiferente

No ejerce influencia alguna sobre el acto. Recae sobre circunstancias accidentales o sobre los motivos personales secretos que no trascienden en la celebración del acto, por lo cual es indiferente para la vida de dicho negocio. Otro caso de error indiferente es el de cálculo, el cual sólo da lugar a que se rectifique.

#### b) Error nulidad

Es el que vicia la voluntad. Produce la nulidad relativa del acto jurídico. En nuestro Derecho, el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente.

#### c) Error obstáculo

Impide la reunión de las voluntades. Produce la inexistencia del contrato porque recae sobre un aspecto tan importante y trascendente para la volición, que impide la formación del acuerdo de voluntades de los contratantes y obstaculiza la integración del consentimiento.

La clasificación que se refiere al error por la materia sobre la que recae, la clasificación es la siguiente:

- a) Error de hecho: La equivocación se refiere a circunstancias fácticas, de hecho.
- b) Error de derecho: La equivocación versa sobre la existencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas.

Por lo que se refiere a la tercera y última clasificación, esta es la que se refiere a la manera en que se genera el error, así encontramos que puede ser simple o fortuito, e inducido o calificado. El simple o fortuito surge y se mantiene espontáneamente por aquél que lo padece. Nadie que conozca su error ha intervenido para provocarlo, mantenerlo o aun disimularlo. El inducido o calificado ha sido provocado o mantenido activamente por artificios ajenos, caso en el cual se habla de dolo, o ha sido disimulado por el beneficiado del error ajeno. Entonces estamos frente a la mala fe. El legislador mexicano, dispone que el error que vicia el contrato es sólo el que reúne los dos requisitos señalados en el artículo 1813 del Código Civil, y son:

- a) Que recaiga el error sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan.
- b) Que ese motivo haya trascendido exteriormente.

El motivo determinante: todo acto de voluntad ha sido decidido por la consideración de un cúmulo de motivos o razones que explican su elección. Sin embargo, hay cierta jerarquía entre esos móviles. Entre ellos, unos son secundarios y otros son determinantes; éstos son los motivos sin los cuales el acto no se habría concertado. El legislador supone que entre ellos uno es el principal, el motivo determinante de la voluntad, este es el motor principal, la causa decisiva del contrato.

El error que recaiga sobre aquello que fue el motivo que determinó a contratar, sobre el móvil decisivo, es el que anula el contrato. El que verse sobre motivos secundarios es indiferente al acto.

Exteriorización del motivo determinante: sin embargo, no basta, ya que es indispensable, además, que se exteriorice ese motivo, que exista una firme evidencia objetiva indicando cuál fue ese móvil principal para obrar, el fin cuya consideración decidió la celebración del contrato.

## 2.5.2 EL DOLO Y LA MALA FE

El artículo 1815 del Código Civil Federal, define: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y, por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

El error pudo haber sido provocado o mantenido deliberadamente por maniobras o artificios realizados por la otra parte contratante o por un tercero con anuencia de ella. La actitud malévoa de pretender aprovecharse de un error ajeno, ya sea provocándolo o manteniéndolo engañosamente, se llama dolo en materia civil.

Ahora bien, por mala fe se conoce la actitud pasiva del contratante que, habiendo advertido el error en que se encuentra la otra parte, se abstiene de alertarlo sobre dicho error, lo disimula y se aprovecha de él. El dolo y la mala fe califican al error y agravan el acto afectado por ellos. Tanto el dolo como la mala fe producen la nulidad relativa del contrato al que afectan. Se les sanciona con la nulidad del acto, no sólo porque agravan un error que vicia la voluntad, sino porque constituyen ambos una conducta malévoa que debe ser reprimida por el Derecho; el acto jurídico no debe ser un medio para la consagración de actos consumados por intenciones maliciosas e inmorales. En resumen, el dolo es activo y la mala fe es pasiva.

No son vicios propiamente de la voluntad, sino formas de inducir, mantener o disimular el error padecido por la otra parte, es decir, no vician la voluntad:

- a) Las sugestiones que no importan engaño, como las exageraciones propagandísticas comerciales (dolo bueno),

- b) Los artificios o sugerencias que no hayan determinado a contratar, sino sólo a aceptar otras condiciones menos ventajosas (dolo incidental),
- c) El dolo recíproco, este surge cuando ambas partes proceden con dolo, por consiguiente, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnización.

### **2.5.3 LA VIOLENCIA O TEMOR**

Otro de los vicios de la voluntad es el temor; el Código Civil, lo denomina violencia, al aludir a la causa que lo produce.

El artículo 1819 indica que existe violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

### **2.5.4 LA LESIÓN**

Otro de los vicios que puede afectar al contrato bilateral oneroso y conmutativo consiste en la desproporción exagerada de las prestaciones que las partes deban recíprocamente por el acto jurídico.

El Código Civil en su artículo 17, inspirado en los Códigos alemán y suizo, caracteriza a la lesión como una desproporción evidente entre el valor de las prestaciones de las partes, la cual arroja un lucro excesivo a favor de una de ellas, causado por la explotación de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de la otra: "Cuando algunos, explotando la suma ignorancia, sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y, de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año".

Sin embargo, la protección no ha resultado tan efectiva como desearon los legisladores, fundamentalmente por ser impropia la fórmula legal que consagra a la lesión: su existencia supone, en primer término, que haya una evidente desproporción entre las prestaciones que

recíprocamente se conceden los contratantes (uno de ellos obtiene un lucro excesivo, una considerable ganancia); este es un dato que está a la vista, que es objetivo. Y, en segundo lugar, se tiene que esa exagerada ganancia fue producida por la explotación de la debilidad o desigualdad ajena, pues el perjudicado era sumamente ignorante, notoriamente inexperto o extremadamente miserable. Estas cualidades residen en la víctima de la lesión (son datos personales, subjetivos).

Se puede considerar que la exigencia de una extrema debilidad en la víctima, para la procedencia de la lesión, hace nula la protección, no basta que alguien sea despojado por su ignorancia, inexperiencia o estado de necesidad, sino que es indispensable, además, que su incultura sea suma, su falta de experiencia notoria y su miseria extrema. ¿Si la miseria es ya el grado máximo de la pobreza, podemos imaginar además una miseria extrema? Por añadidura, la miseria no caracteriza a todo estado de necesidad; luego, más valdría erigir a éste como el elemento condicionante de la lesión, decidir que merece la protección legal todo contratante que ha consentido condiciones claramente desfavorables a consecuencia de circunstancias imperiosas.

Sin embargo, tal parece que el legislador no a querido intervenir en el libre juego de la oferta y la demanda, considerando la igualdad que no deja de ser ilusoria, pues aún entre los mercaderes, versados en las operaciones de cambio, unos son poderosos monopolistas y otros débiles vendedores al menudeo.

La presencia de cualquier vicio de la voluntad o de lesión, en la formación de un contrato, produce la nulidad relativa del mismo, tal como lo dispone en los artículos 1812, 1813, 1816, y 2228, del Código Civil. La voluntad exenta de vicios es un requisito de validez del acto jurídico, los vicios que la afectan no impedirán que el acto exista, pero provocarán su ineficacia, la cual:

- Sólo podrá ser invocada por quien haya sufrido los vicios de la voluntad,

- Podrá convalidarse por confirmación cuando haya desaparecido el vicio, ratificación que puede ser: ya sea expresa, por indicación precisa oral, escrita o por signos inequívocos; o bien tácita, por el cumplimiento voluntario,
- Podrá convalidarse por prescripción de la acción y .
- Permite que el acto produzca sus efectos.

En efecto, se trata de una anulabilidad cuyo ejercicio está reservado a las personas perjudicadas por el vicio; que no impide que el acto produzca plenamente sus efectos mientras el juez no la ha decretado; que permite que el acto pueda ser saneado por el transcurso del tiempo si prescribe la acción de nulidad o convalidado por la ratificación.

Tales son las consecuencias asignadas a la nulidad relativa por la teoría admitida en el código. Particularmente, el artículo 2228 del C.C. señala con toda claridad dicha sanción.

## **2.6 LICITUD EN EL OBJETO Y EN EL MOTIVO O FIN**

La ley exige que el objeto y el motivo o fin del acto sean lícitos (art. 1795 fracc. III). El objeto del contrato es el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se obliga; y el motivo o fin es el propósito que le induce a su celebración, el por qué se obliga.

Para que el contrato sea válido, es indispensable que, tanto a lo que se obligó el deudor, como el por qué de su proceder sean lícitos, es decir, no contrarios a lo dispuesto por las leyes de interés público (que no quebranten una prohibición o un mandamiento legal). El contenido de las cláusulas contractuales y el propósito de las mismas debe respetar las normas legales, pues en su acatamiento se sustentan el orden jurídico y la paz social; por ello, un contrato contradictor de lo establecido en las leyes, no habrá de tener validez, será nulo.

## **2.7 CAPACIDAD**

Para que el acto jurídico se perfeccione y valga es necesario que el agente o los agentes (autor o partes) sean capaces. La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y

obligaciones y para ejercitarlos. En principio, todo sujeto tiene capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional, son incapaces. Hay dos clases de capacidad: a) la de goce (aptitud de ser titular de derechos y obligaciones) y b) la de ejercicio (aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos). Como se ve, bajo el título de la capacidad se agrupan situaciones muy diferentes:

En primer lugar (a) la llamada capacidad de goce es una verdadera vocación para tener derechos, para ser titular de ellos. Es un atributo de la personalidad y la poseen todos los hombres, sin excepción, en los países civilizados.

Hay incapacidad de goce cuando un derecho, concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona: como ejemplo podemos citar el establecido en el artículo 27 de nuestra Constitución Política, el cual prohíbe a que los extranjeros adquieran dominio de tierras y aguas en el territorio de la República Mexicana, si éstas se encuentran ubicadas en una franja de 100 km. a lo largo de la frontera y 50 km. sobre las costas

En segundo lugar (b) la capacidad de ejercicio, cuyas reglas se imponen por razones muy diversas. Se exige que el acto jurídico sea realizado por una persona capaz de ejercicio con el propósito de proteger a ciertos grupos de personas que, por varias causas (locura, adicción a las drogas o a las bebidas embriagantes, o a falta de posibilidad de comunicar su voluntad), podrían ser víctimas de abusos: se les veda obligarse por acto jurídico para salvaguardar sus propios intereses. En principio, cualquiera puede hacer valer por sí mismo sus derechos, salvo los incapaces de ejercicio, los cuales se encuentran comprendidos en el artículo 450 del Código Civil, estableciendo lo siguiente:

Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. 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 como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

## **2.8 INTERDICCIÓN**

La mayoría de edad se adquiere a los 18 años, pero ello no es una garantía de capacidad, pues se puede incapacitar, por declaración de interdicción, al que excede de esa edad y muestra signos de otra causa para vetar su actuación.

Por el contrario, la emancipación capacita al menor de edad casado, por considerarlo poseedor de aptitudes para conducir sus propios intereses, tal y como lo establece el artículo 641 del multicitado código y que a la letra dice: "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad."

## **2.9 SANCIÓN DE LA INCAPACIDAD**

De lo expuesto, es forzoso concluir que la sanción por la incapacidad de goce (la cual protege intereses colectivos), no es igual que la de la incapacidad de ejercicio (la cual tutela intereses particulares). La primera se reprime con una nulidad de efectos más severos, llamada por ello nulidad absoluta. La segunda se sanciona con una nulidad más leve llamada nulidad relativa.

El legislador regula y organiza las consecuencias de la incapacidad de ejercicio, pero no la de goce (caracterizada más bien como una falta de derecho). De ahí proviene que le atribuya sin excepción las consecuencias de una nulidad relativa.

El artículo 2228 lo declara expresamente: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo." y "La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido

esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.", conforme a lo establecido en el artículo 2230 del C.C. De acuerdo a lo establecido en el numeral 1799, del referido código, la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común. "La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz." de acuerdo con el artículo 2233 del mencionado código. "La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638...", el cual hace mención que la nulidad de ésta prescribe de igual manera que lo hacen las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

## **2.10 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS SEGÚN SU MATERIA**

Para Manuel Bejarano Sánchez, estudioso del Derecho, los contratos se clasifican atendiendo a las partes que intervienen en la celebración de los mismos y así encontramos que se clasifican en<sup>5</sup>:

### **2.10.1 CONTRATOS CIVILES**

Éstos se celebran entre particulares, o entre el particular y el Estado cuando éste interviene en un plano de igualdad, como si fuera un sujeto privado, un claro ejemplo de este tipo de contratos lo tenemos en el caso de la Comisión Nacional del Deporte, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, ya que la Secretaría de Estado antes mencionada, arrienda las oficinas de la Comisión al Colegio de Ingenieros Civiles de México, a quienes les pertenece el inmueble en comento. Sin embargo no hay que perder de vista el plano del Estado frente al particular es el de igualdad; en este caso el contrato será regido por el Código Civil.

---

<sup>5</sup> Manuel Bejarano Sánchez: *Ibid.*, p. 32

### 2.10.2 MERCANTILES

En estos contratos, las partes que en ellos intervienen están realizando un acto de comercio. Cabe hacer mención que se consideran actos de comercio los que enumera el artículo 75 del Código de Comercio. El análisis sistemático de las fracciones del precepto citado permite agruparlas en tres órdenes, los cuales no son sino otros tantos criterios de identificación de lo que se considera acto de comercio:

- a) Los sujetos que en la celebración del mismo intervienen; toda vez que será un acto de comercio aquel efectuado por comerciantes o banqueros, a menos que se trate de un acto de naturaleza estrictamente civil.
- b) El objeto, siempre y cuando aquello a lo que se obliga el deudor sea alguna "cosa" mercantil, como los buques o los títulos de crédito, o si la operación se documenta en esa clase de títulos, como por ejemplo, cheque, letra de cambio, pagaré, etc.
- c) Por la finalidad del acto, si la misma consiste en una interposición en el cambio de mercancías o servicios. El sujeto cuya empresa es intermediaria entre el que produce y el que los consume es el típico comerciante.

Para Barrera Graf<sup>6</sup>, es indispensable agregar una cuarta categoría de actos de comercio y ésta es por la forma en que se manifiestan. Como lo serían los actos constitutivos de las sociedades mercantiles, así como la carta de crédito. Siguiendo ese orden de ideas, podemos deducir que habrá contratos en donde una de las partes realiza un acto de comercio y la otra un acto típicamente civil.

### 2.10.3 LABORALES Y ADMINISTRATIVOS

Una de las diferencias radicales entre este tipo de contratos y los mencionados, es que éstos corresponden al Derecho Público y, como consecuencia su esencial diferencia se basa en la autorregulación de las relaciones privadas, ya que dentro del marco de la ley tienen autonomía

<sup>6</sup> Jorge Barrera Graf, Instituciones de Derecho Mercantil, p. 98

y libertad para establecer las bases de sus obligaciones, y la heterorregulación de las relaciones públicas, las cuales se rigen por leyes imperativas de orden público, es decir, el poder de regirse a sí mismo en el Derecho Privado, y la necesidad de ser regulado por otro en los vínculos del Derecho Público. Y ello se aprecia con claridad en la relación laboral: el contrato laboral se distingue ahora del contrato civil.

En el siglo pasado emergió el Derecho del Trabajo como una rama independiente, desprendiéndose del Derecho Civil; mientras correspondió al Derecho Privado, las condiciones del trabajo fueron establecidas libremente por las partes, patrono y obreros acordaban sin interferencia del Estado, las condiciones de prestación de los servicios; su autónoma voluntad común concretaba el alcance de las cláusulas del contrato, pero ello condujo a resultados injustos e inhumanos, al punto que fue necesario instituir dichas relaciones heterónomamente, es decir desde fuera, en normas de orden público irrenunciables impuestas forzosamente por el Estado, pasando así a formar parte del Derecho Público. La relación jurídica de trabajo dejó de ser regulada como lo era por el Código Civil y quedó sometida al nuevo ordenamiento.

El contrato de trabajo que era considerado hasta entonces como un arrendamiento de servicios, cuyas condiciones se establecían autónoma y libremente por las partes interesadas, se convirtió en una relación instituida por leyes de interés público de carácter irrenunciable. Tal mutación obedeció a los inauditos abusos de los patrones, quienes aprovechando los efectos de la ley económica de la oferta y la demanda en la contratación de los servicios, esto es, validos de que existía invariablemente una demanda mayor de trabajo que su oferta, imponían a los trabajadores jornadas de trabajo agotadoras e inhumanas, salarios de hambre, ausencia total de prestaciones adicionales, etc., situación que modificó la Ley del Trabajo decretando un mínimo de condiciones forzosas en la regulación de la relación laboral, como salarios mínimos, jornadas máximas de trabajo, pago de horas por trabajo extraordinario, vacaciones forzosas, descanso de un día a la semana, etc.

El contrato laboral, será entonces el que rija una relación de trabajo, ésta relación tiene como característica el servicio constante prestado bajo la dirección de otro a cambio de un salario, es decir la relación obrero patronal.

El mismo criterio sostiene la diferencia con el contrato administrativo; en éste último, la decisión hegemónica del Estado instituye el contenido del acto y no la autonomía privada, pues como hace mención Radbruck "Cuando el Estado, sin preguntarnos nada previamente, nos impone el deber de alojamiento, se apoya en el Derecho Público; cuando aloja a sus funcionarios, en la vivienda que le hemos alquilado a él, se funda en el Derecho Privado" lo cual se entiende porque en épocas de crisis el Estado puede imponer el forzoso alojamiento de sus funcionarios o empleados dando o no una contraprestación por ello. El acto es administrativo y de Derecho Público.

La diferencia que existe entre los contratos administrativos en relación con los civiles radica en que en los primeros el Estado interviene en su función de persona de Derecho Público, soberana, en situación de supraordinación respecto de particulares, con el propósito de proveer la satisfacción de las necesidades sociales; su objeto y finalidad son peculiares: tienen por objeto la prestación de una obra pública o un servicio público, y su finalidad es la de satisfacer necesidades colectivas, proporcionar beneficios sociales, etc.

## **2.11 CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS SEGÚN SUS CARACTERÍSTICAS**

Sin embargo la clasificación anterior no es la única en la que se pueden agrupar los contratos, existe otra que dicho sea de paso, considero que es más completa que la anterior.

### **2.11.1 CONTRATOS PREPARATORIOS Y DEFINITIVOS**

Se consideran preparatorios aquellos cuyo objeto es la celebración de un contrato o acto futuro. Estos reciben el nombre de preliminar o pre-contrato y únicamente da origen a una serie de obligaciones de hacer, consistentes en la celebración de un contrato futuro.

Existen actos y contratos a los que el legislador asigna una forma necesaria para su validez. En ellos, la voluntad debe ser exteriorizada precisamente de la manera exigida por la Ley, pues, de lo contrario, el acto puede ser anulado. En los contratos formales, la falta de la forma legal no impide la existencia del acto, pero sí los afecta en su eficacia. Se consideran actos solemnes, aquellos que para existir necesitan de ciertos ritos establecidos por la Ley; la manera en que se exterioriza la voluntad es requisito constitutivo del acto, el ropaje con que son cubiertos es parte esencial, y su falta motiva la inexistencia del mismo como negocio jurídico.

### **2.11.6 CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS**

El contrato principal tiene su razón de ser y su explicación en sí mismo; surge en forma independiente y no es apéndice de otro contrato, pues cumple autónomamente su función jurídico-económica. Por su parte el contrato accesorio, no tiene existencia independiente; se explica referido a otro contrato o acto, del cual es apéndice. Sólo se justifica como parte complementaria de otro acto. Un ejemplo de este tipo de contratos son la fianza, prenda e hipoteca; éstos son contratos de garantía cuya celebración presupone la existencia presente o futura de una deuda originada por otro acto jurídico principal que van a asegurar.

### **2.11.7 CONTRATOS INSTANTÁNEOS Y DE TRACTO SUCESIVO**

Los instantáneos se forman y deben cumplirse inmediatamente. Se agotan en un solo acto, como lo es la compraventa, en tanto que los de tracto sucesivo son aquellos que se cumplen escalonadamente a través del tiempo, como pudiera ser el arrendamiento.

### **2.11.8 CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS**

Cuando hablamos de los primeros, nos referimos a aquellos que están contemplados o instituidos en las Leyes. Son contratos reglamentados en el Código Civil u otros ordenamientos legales y sus consecuencias están prefijadas en tales normas generales. A estos contratos se les conoce según la doctrina alemana como *contratos típicos*.

En consecuencia al referimos a los innominados, hablamos de aquellos que nos están instituidos en la Ley, sino que las partes son quienes los diseñan para satisfacer sus intereses y necesidades particulares. Acorde a la doctrina alemana son conocidos con el nombre de *contratos atípicos*. Justamente cuando hablamos de un contrato de franquicia estamos hablando de un contrato atípico como se verá en los capítulos siguientes.

**CAPÍTULO III**  
**ANÁLISIS DEL CONTRATO**  
**DE FRANQUICIA**

Harry Kursh establece que el término franquicia desde la perspectiva del mundo de los negocios ha incluido este concepto entendiéndolo como el instrumento jurídico por medio del cual una persona le otorga a otra el derecho de 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>10</sup>

Como podemos observar en este concepto no se incluyen los nombres de las partes pero se hace mención de los conocimientos y asistencia técnica y que menciono como know-how, pero este concepto hace mención de un pago establecido en dinero.

Otro autor como Charles Vaguen, define al contrato de franquicia como una forma de distribución o de mercadeo en el 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. Algo relevante de esta definición del contrato en cuestión, es que nombra otros elementos que los autores mencionados no hicieron como son el tiempo y el territorio, ambos determinados en el documento en comento, y digo que resultan importantes estos elementos porque si hay algo que el franquiciante deben cuidar es no saturar un territorio pequeño con un gran número de franquicias, ya que si esto sucede el mercado de los franquiciatarios lejos de incrementarse se disgregaría y por ende disminuyen sus ingresos, y pierde rentabilidad la franquicia.

Por otra parte, Gladys Glickman apunta que dicho en términos sencillos, un contrato de franquicia, no es otra cosa que 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>11</sup>

Esta autora equipara el contrato de franquicia con una licencia de uso de marca o de nombre comercial, considerando a la marca y el nombre comercial como el pilar del sistema de

---

<sup>10</sup> Harry Kursh, The Franchise Boom, pag. 194

<sup>11</sup> Gladys Glickman. Franchising, pag. 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 conduzca el negocio, es decir, vender o producir el producto o prestar el servicio, de acuerdo a 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. De esto se puede concluir diciendo que la franquicia consiste en el contrato por virtud del cual una persona, denominada franquiciante, que ha desarrollado un patrón o fórmula para la conducción de un determinado tipo de negocio, otorga a otra denominada franquiciatario, el derecho para operar uno de estos negocios utilizando dicho patrón o fórmula establecida.

El término franquicia comprende un amplio margen de sistemas de comercialización, sin embargo, 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, y todos y cada uno de estos establecimientos se encuentran sujetos 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.

Por su parte Harold Brown establece que debido a la naturaleza de la franquicia resulta difícil de definir; sin embargo, está de acuerdo en que en la franquicia debe existir una autorización de uso de una marca de un producto o de un servicio.

Lo trascendental de este autor es que a pesar de que cita una definición genérica respecto de la franquicia, esta ha sido adoptada por gran parte de las legislaciones de los Estados Unidos

de Norteamérica, que dicho sea de paso es el país en donde mayor regulación existe al respecto pero esto no quiere decir que se regule en todo el territorio Norteamericano, sino que solo en algunos de sus estado, en fin Harold 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, denominado 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>12</sup>

No comparto la idea que expone este autor, ya que considero que si hablamos de un contrato que involucra una inversión considerable, difícilmente, existirá un franquiciatario que se interese en obligarse a través de un contrato verbal, además como se mencionó en el capítulo anterior, la forma legal de la obligación proporciona una seguridad jurídica, facultado a las partes a que se obliguen a través de un contrato por escrito, esto desde luego no quiere decir que Brown, esté mal sino que simplemente se trata de un sistema jurídico diferente el que rige a nuestro país vecino del norte (common law), y el nuestro, y otro punto en donde no coincido es el que se refiere al tiempo ya que él menciona que este puede o no ser definido, considerando que la vigencia de una marca es de diez años, según lo que establece la Ley de la Propiedad Industrial, y siendo la explotación de la misma un elemento de vital importancia que incluso constituye parte de lo que debemos considerar como el objeto del contrato, entonces no concibo un contrato de franquicia que no se sujete al término del objeto que da vida jurídica a dicho instrumento, salvo que en el clausulado del mismo se establezca que las partes se sujetan a las obligaciones establecidas siempre y cuando se renueve la marca conforme a lo establecido en el artículo 95 de la ley de la materia, que a la letra dice "El registro de marca tendrá una vigencia de diez años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y podrá renovarse por periodos de la misma duración."<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Harold Brown, Franchising, pag. 17

<sup>13</sup> Ley De La Propiedad Industrial, art. 95

Además, tratándose de una persona moral, esta surge a la vida jurídica a través de un acta constitutiva en la cual se establece la vigencia de esta, de tal suerte que resulta imposible que se proporcione una franquicia por un tiempo indeterminado.

Argeri, en su Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa, define el concepto de franquicia como aquel 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>14</sup> Por consiguiente y bajo la perspectiva que emplea este autor, encontramos como único objetivo de este instrumento jurídico el de organizar la comercialización de los productos bajo un sistema unitario de ventas empleando como intermediarios una serie de revendedores, esto como consecuencia viene aparejado de una disminución en los gastos de distribución, y como consecuencia lógica se obtienen mayores ganancias.

Finalmente, Robert E. Bond 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, es decir, el franquiciante otorga, a través de un contrato de franquicia, al propietario de un establecimiento, es decir, el franquiciatario el derecho de comercializar sus productos y servicios utilizando el nombre, reputación y técnicas de comercialización de la empresa madre<sup>15</sup>. Bond, menciona en su obra 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 de la persona, y en general, en alistar el negocio para que inicie a operar. A cambio de esto, el franquiciatario paga al franquiciante una suma de dinero.

---

<sup>14</sup> Saúl Argeri A. Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa, pag. 233

<sup>15</sup> Robert E. Bond, The source book of franchise oportunities, pag. 1

Bond, hace especial énfasis a la continua relación entre las partes que incluye no sólo el producto y/o servicio que se proporciona y la marca, sino también esa unión a una estrategia de comercialización de dichos productos, manuales operativos y estándares de operación, controles de calidad y una cortina de comunicación entre las partes, a cambio de esto, el franquiciatario se obliga a pagar una regalía, misma que se fija de acuerdo a un porcentaje de las ventas brutas del franquiciatario. Si ponemos atención a las definiciones citadas, podemos percatarnos que no existen discrepancias, desde luego, si distintos puntos de vista, elementos que contemplan unos y otros no, pero grosso modo, existe una homogeneidad entre cada una de los conceptos mencionados, antes de brindar un concepto propio de la figura jurídica a estudio, considero de vital importancia hacer mención de algunas características que si bien es cierto ya se mencionaron, creo que no se ha profundizado en las mismas.

Una de las características más importantes del contrato de franquicia, es la transmisión de conocimientos particulares de carácter técnico, los cuales tienen un gran valor comercial e industrial, que siendo o no propiedad del franquiciante, tiene no solo la facultad, sino la obligación de hacerlos del conocimiento del franquiciatario, ya que éstos son determinantes en el éxito del negocio cuya explotación se propone en el contrato. Estos conocimientos, en la gran mayoría de las veces constituyen los llamados secretos industriales, desde luego, son tan importantes dichas técnicas que así como es obligación del franquiciante, ponerlos al alcance del franquiciatario, éste no debe revelarlos o divulgarlos sin previo consentimiento del primero. 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 más 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.

Lo mencionado en el párrafo que antecede, no es otra cosa que el multireferido "know-how", cuyo significado en español no es otro que "saber como" o "saber hacer", y consiste en una técnica que tiene una aplicación a un negocio determinado, y surge cuando a través de diversas pruebas un negocio alcanza el éxito en un lugar o país determinado, pero no es tan simple ya que para que esta técnica empiece a cobrar forma y por consiguiente un valor determinado y en muchas ocasiones desmedido, debieron de existir una serie de intentos fallidos, hasta que por fin se consigue encontrar el hilo negro y poder ir atando cabos hasta que se logran cimentar las bases de un método que reduce el margen de error, el cual nunca desaparece, porque no existe un negocio con un futuro seguro y próspero.

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 se constituye la base principal de la técnica al amparo de la cual habrán de producirse o comercializarse los productos o servicios.

Como se desprende de las definiciones expuestas encontramos una similitud entre las características en torno al contrato de franquicia, derivándose de lo anterior una serie de elementos que debe contener dicho contrato y son los siguientes:

1. Definición de las partes contratantes. Constatación de la propiedad de la marca.
2. Pretensiones de cada una de esas partes y objeto del contrato.
3. Cantidad económica y forma de pago de ésta, tanto de canon de adhesión como de royalties mensuales.
4. Duración del contrato y zona de exclusividad.
5. Obligaciones del franquiciante frente al franquiciatario.
6. Obligaciones del franquiciatario frente al franquiciante.
7. Eventual entrada de nuevos socios en ambas partes o traspaso del negocio.

- 8 Declaración expresa de la independencia del franquiciatario frente a responsabilidades con terceras personas.
- 9 Cláusulas de resolución del contrato.
- 10 Propiedad de la imagen corporativa en caso de resolución o finalización del contrato.
- 11 Fecha, lugar y firma.

Estos son sin lugar a duda, el mínimo de elementos con los que debe contar un contrato de franquicia.

Finalmente, y considerando todo lo mencionado a continuación se expone una definición propia del contrato a estudio. El contrato de franquicia es el acto jurídico por virtud del cual una persona denominada franquiciante, otorga a otra denominada franquiciatario, el uso y disfrute temporal y exclusivo de una determinada marca, nombre y/o aviso comercial, mismos que serán explotados en una zona geográfica previamente determinada y de manera exclusiva, a través de una capacitación permanente, esta capacitación esta basada en las experiencias e investigaciones del franquiciante a cambio del pago de regalías, las cuales serán previamente determinadas y fijadas con base en la venta neta del franquiciatario.

### **3.2 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Acorde a las características expuestas el contrato de franquicia se puede clasificar de la siguiente manera:

#### **a) MERCANTIL**

Debemos entender que este contrato es precisamente de carácter mercantil, ya que se celebra entre comerciantes sin otro fin que no sea el de lucrar, ya sea a través de la explotación de una empresa o bien para distribuir y revender productos, esto tiene su fundamento legal en el artículo 75 fracciones I, II, V a VIII del Código de Comercio, que a la letra dice:

La ley reputa actos de comercio:

Es decir que el espíritu de colaboración impregna en efecto toda la franquicia. Sin la colaboración leal entre las partes no pueden funcionar las cadenas de franquicia e incluso viene a ser confirmado en el Código Deontológico de la franquicia en Europa, al establecerse que "la franquicia es un método de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales."<sup>20</sup>

#### e) INTUITU PERSONAE

Ya que éste se celebra con base en las características personales de las partes; sobre la base de confianza.

#### f) FORMAL

Aunque este elemento de la clasificación que se hace puede ser discutido ya que es cierto que requiere se celebre por escrito para posteriormente inscribirse ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, y con esto produzca efectos en perjuicio de terceros, sin embargo entre las partes es de carácter consensual como lo expresa Díaz Bravo<sup>21</sup>, quien establece que este registro es un formalismo únicamente frente a terceros, pero no condiciona su validez entre las partes.

#### g) TRACTO SUCESIVO:

Ya que sus prestaciones se cumplen en el tiempo.

#### h) GENERALMENTE DE ADHESIÓN

Me gustaría hacer énfasis en este punto ya que generalmente es el franquiciante, quien elabora unilateralmente el contrato y al franquiciatario sólo se le deja la posibilidad de aceptarlas, si quiere celebrar el contrato o no celebrar éste.<sup>22</sup> En muy rara ocasión se permite la negociación de cláusulas, de ahí la importancia de que se cree una ley que regule este

<sup>20</sup> Código Deontológico de la Franquicia en Europa.

<sup>21</sup> Arturo Díaz Bravo, Contratos Mercantiles, pags 14 y 166.

<sup>22</sup> Ramón Sánchez Medal, De los contratos civiles, pag. 13

contrato, ya que si bien es cierto que el franquiciante continuará elaborando el contrato, el franquiciado no se encontrará en un estado de indefensión ya que el primero tendría que apegarse a lo legalmente permitido.

#### i) ATÍPICO

Con el riesgo de ser repetitivo, este acuerdo de voluntades no está regulado en nuestra legislación en cuanto a la relación de Derecho Privado entre las partes contratantes, ya que la regulación que hace la Ley de la Propiedad Industrial, es únicamente de carácter administrativo y registral.

### **3.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Los elementos que integran al contrato materia del presente estudio, son tres, los elementos personales, refiriéndonos desde luego a las partes que en él intervienen, los elementos reales, los cuales se refieren a todos esos factores que deben ser considerados para poder referirnos a este contrato y no a una figura afín, y finalmente, los elementos formales, que no son otros que los medios concretos que la ley o las partes imponen para exteriorizar la voluntad contractual.

#### **3.3.1 ELEMENTOS PERSONALES**

Como se mencionó a manera de introducción sobre los elementos de este contrato, al hablar de los elementos personales hablamos de las partes que intervienen en el mismo y son el franquiciante y el franquiciatario, cuya característica es que reúnen la calidad de comerciantes, este hecho surge ya sea tratándose de una persona moral si esta se encuentra constituida bajo alguna de las formas de sociedad mercantil que previene la Ley General de Sociedades Mercantiles, tratándose de persona física, si ésta se dedica de manera habitual a los actos previstos como comerciales, al someterse a este instrumento jurídico, se obligan a cumplir el objeto de éste, que no es otro que obtener una licencia de uso de marca así como la transferencia de tecnología, con la finalidad de explotar una empresa de productos o servicios

o crear distribuidores para la reventa de productos. Sin embargo, una persona no necesariamente debe ser comerciante para celebrar este tipo de contratos, ya que no existe impedimento legal alguno, lo que digo es que aún cuando no lo sean, al celebrar este acto jurídico, automáticamente, se convertirá en uno.

Aquí cabe la duda de si será necesario que tratándose se personas morales ya sea en el caso de uno o de otro, exista establecido en estatutos de las sociedades, la facultad de franquiciar o de adquirir una franquicia, o de lo contrario, convocar a asamblea para determinar si es posible hacerlo. Sin embargo, salvo que no se pacte lo contrario, no es necesario contemplarlo de manera expresa, ya que basta con hacer mención de que la sociedad podrá celebrar los actos jurídicos necesarios para conseguir el fin social.

### 3.3.2 ELEMENTOS REALES

Al referimos a estos elementos, hablamos de todas y cada una de esas partes que integran al contrato de franquicia y para estar en posibilidad de analizarlos, debemos desmembrar este instrumento jurídico, a continuación enunciamos cada uno de ellos:

#### a) LA MARCA

Para poder definir la marca, basta con remitimos al artículo 88 de la Ley de la Propiedad Industrial, el cual establece que se entenderá por marca todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.<sup>23</sup> Consideramos que este es un elemento esencial, ya que incluso el único artículo que contempla al contrato de franquicia, sin que este lo defina, menciona a la marca al establecer "la licencia de uso de *marca* para producir o vender bienes o prestar servicios de una manera uniforme"<sup>24</sup>. Dicho sea de paso, considero completa la definición que hace la ley sobre el concepto de la marca, salvo que como podemos percatamos que nuestra ley elimina de la definición cualesquiera

<sup>23</sup> Ley de la Propiedad Industrial, art. 81

<sup>24</sup> Ibid., art. 42

Es también conocido como el o los manuales, que no es más que toda la experiencia acumulada por el franquiciante, reflejada en un documento. Es decir, todos los aspectos fundamentales que el franquiciatario necesitará para desarrollar con la máxima eficacia la instalación y puesta en marcha de su negocio y para mantener una identidad corporativa que beneficie a toda la cadena, desde luego es necesario que tenga una forma física, puesto que éste es percibido por el franquiciatario como la mayor compensación por el canon que acaba de desembolsar. Es sumamente importante que el saber hacer del franquiciante esté bien comunicado y sea fácilmente comprensible por parte del franquiciatario, si no éste pierde su función de operatividad.

El paquete de franquicia es un documento imprescindible para el franquiciante, puesto que materializa su "saber-hacer" y lo hace transmisible mediante sistemas preestablecidos. La información se puede transmitir en diferentes soportes, como pudiera ser a través de manuales, libros, medios audiovisuales, informáticos, etc.

Para el franquiciatario, los manuales operativos recogen la información que le permitirá instalar y explotar su negocio.

Los contenidos de estos manuales operativos versan sobre los siguientes aspectos:

- **Manual informativo:** Este manual informa sobre los aspectos generales de la franquicia, sobre la filosofía corporativa y sobre los objetivos a conseguir con la explotación del negocio.
- **Manual de instalación:** Aquí se recogen todas las características tipo de la cadena referentes a la adecuación del local de negocio, además debe contener las directrices para la ubicación, instalación, equipamiento y decoración del comercio.
- **Manual de publicidad y normas gráficas:** En franquicia la imagen es de gran importancia, pues es el elemento diferenciador de otras formas de comercialización, y por este motivo en este manual se recogen las especificaciones sobre el material publicitario y distintivo de la marca.

- **Manual de ventas:** Una franquicia es ante todo un negocio, y el franquiciatario un vendedor, y el mejor vendedor es aquél que conoce todos los detalles de su producto y/o servicio. Por eso, este manual recoge la política de ventas, el análisis de la demanda y la gestión comercial.
- **Manual económico-financiero:** Aquí se exponen aspectos como la cuenta de resultados tipo, las previsiones contables, plan de amortización, presupuestos y cash flow e información estadística para evaluar sus resultados con relación al resto de los establecimientos de la red.
- **Manual de funcionamiento:** Es una guía práctica del negocio donde se exponen los procedimientos y detalles de la gestión diaria, las técnicas de merchandising, el escapatismo, el marketing y la publicidad, los abastecimientos y sistemas de control y algunos consejos administrativos y de gestión.

Sin embargo éstos son solo algunos de los manuales que constituyen el know-how, o saber hacer del franquiciante, ya que se pueden establecer un sin número de estos documentos, y debemos puntualizar que un buen paquete de franquicia es aquél que no se termina nunca, ya que el contenido de éstos deben poder ampliarse y actualizarse a medida que va cambiando la cadena, los productos y los consumidores.

### c) LAS PATENTES

De acuerdo a la definición que proporciona el Diccionario Jurídico Mexicano, las patentes no son otra cosa que el privilegio que otorga el Estado para explotar una invención nueva, susceptible de aplicación industrial<sup>26</sup>. La Ley de la Propiedad Industrial a pesar de contener

---

<sup>26</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, pag. 44.

una amplia regulación de las patentes no proporciona una definición de las mismas. Sin embargo, si establece que el derecho de explotación exclusivo puede hacerlo su titular por sí o por otros con su permiso, lo anterior lo encontramos en los artículos 62 y 63 de la ley de la materia. Este elemento es *sui generis*, ya que en el caso que nos ocupa, es decir, cuando nos referimos a la franquicia, la patente no es necesariamente objeto del contrato, sino que sólo se da en aquellos casos en que el franquiciante, en la explotación del negocio objeto de la franquicia, tiene el proceso de fabricación, manufactura o el producto correspondiente, protegido por alguna o algunas patentes que requieren de que se autorice el uso para los franquiciatarios.

En el supuesto de que se trate de una franquicia de producción, el contrato deberá incluir la autorización de explotación de una o varias patentes, según sea el caso, y éstas deben identificarse en el contrato con su número, fecha de expiración y el o los inventos, procesos o productos que ampara. Generalmente esta descripción se agrega a un anexo.

#### d) LA EXCLUSIVIDAD

Este elemento visto desde una perspectiva negativa, lejos de parecer una ventaja representaría una limitación a la libertad contractual, ya que impone al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una clase determinada de contratos con otra persona que no fuese el franquiciatario, y en contra parte también limita al segundo a no concluirlos con otro que no sea el franquiciante.<sup>27</sup>

La postura positiva a esta limitación expresa y determinada, obedece a que la protección territorial que se concede a los franquiciados se considera indispensable ya que de otra forma, el franquiciatario se encontraría imposibilitado para proteger sus inversiones. Esta idea se ha repetido en alguna consulta formulada a la Comisión de Competencia Económica sobre distribución exclusiva de una marca y se consideró que esta condición tiene generalmente el objeto de garantizar al fabricante el beneficio de las inversiones hechas en asistencia técnica e

---

<sup>27</sup> Teresa Puente Muñoz, El contrato de concesión mercantil, pag. 108

incluso en infraestructura, pero esto no quiere decir que comparta esta idea, ya que se está al filo del monopolio, en el siguiente capítulo se realizarán una serie de propuestas sobre algunos puntos que considero debiera contener la legislación sugerida y al respecto de este punto se exponen una serie de ideas que buscan remediar esta situación.

Nos podría venir a la mente la pregunta de ¿cuál es la postura de la Comisión de Competencia Económica, ante esta situación?, toda vez que es la autoridad en la materia, pues bien, esta Comisión, ha sostenido que el monto de las inversiones en infraestructura de distribución y la escala de las operaciones justifican la asignación de territorios exclusivos.

Los elementos que de una u otra forma intentan darle de validez al de exclusividad son el plazo y el territorio o espacio físico en el que se desenvuelve su eficacia. En el contrato de franquicia el espacio geográfico puede delimitarse mediante un territorio en donde el franquiciatario podrá explotar la franquicia por medio de diversos establecimientos, esto es lo que se conoce como master franchise o franquicia maestra, es una especie de subamendamiento, es decir el franquiciante, otorga al franquiciatario una franquicia en un territorio determinado y éste a su vez se encarga de distribuirla, previa autorización del franquiciante.

#### e) EL NOMBRE COMERCIAL, EL AVISO O ANUNCIO

Al referimos a este elemento, una de las características principales es que debe mostrar originalidad ya que éste tiene la función primordial de distinguir fácilmente los bienes o servicios que comercializa el franquiciatario, con relación a otros de la misma especies<sup>28</sup>, en el derecho mexicano, dice Mantilla, el nombre comercial es el nombre de un establecimiento o de una negociación mercantil, no es el nombre de un comerciante, sino el nombre de una cosa.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Antonio Barrera Graf, Instituciones de Derecho Mercantil, pág. 123

<sup>29</sup> Roberto Mantilla Molina, Derecho Mercantil, pag. 132

obligaciones en moneda extranjera y señalar una forma de solventación. En efecto, puede suceder, siempre en el mundo de la autonomía de la voluntad, que en la concertación de un acto jurídico, los contratantes hayan omitido manifestar expresamente como habrán de regularse determinadas peculiaridades del contrato que han celebrado como, cuando arrendador y arrendatario desatienden la hipótesis de que llegado el momento de cumplir la obligación, el segundo pueda pagar no sólo en moneda extranjera, según lo acordado, sino también en su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago. A ello obedece que los ordenamientos jurídicos contemplen en su contenido a los llamados preceptos supletivos que, como su nombre lo indica, suplen los olvidos de los contratantes<sup>30</sup>.

En el supuesto que se pactara el pago en moneda extranjera, incluso se está en posibilidad de fijar en el contrato que en caso de que no se haga en la moneda pactada, si se hará al tipo de cambio vigente al momento del pago, para que el acreedor no presente ningún menoscabo en su patrimonio e incluso es recomendable que se establezca la forma de pago en cualquiera de sus modalidades, como podría ser a través de las siguientes opciones: giro bancario, transferencia directa, depósito en alguna cuenta extranjera y la retención de impuestos que realiza el franquiciatario, en el caso de que estos sean acreditables en el país del franquiciante.

Lo anterior en caso de que el pago fuese pactado en dinero, en el otro supuesto, es decir, cuando el pago se pacta en especie se debe determinar perfectamente en el contrato la manera en que se valoraran el bien o bienes materia de la contraprestación. En el supuesto de este contrato materia de estudio, un ejemplo de pago con especie podría ser una parte de los productos fabricados o manufacturados que son materia de la franquicia, o acciones (ordinarias o de voto limitado) de la sociedad franquiciataria, tratándose de una persona ya sea física o moral extranjera, se deberá estar a los límites de participación que marca la Ley

---

<sup>30</sup> Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: IV, Parte SCJN, Tesis: 299, Página:202

de Inversión Extranjera. El pago de la contraprestación deberá contemplar las siguientes cuestiones:

- En un solo pago (lump sum) al momento de la celebración del contrato o en un plazo que en el mismo se establece, esto como resultado del pago por la venta de la franquicia, ya que el franquiciatario tendrá el privilegio, es decir el derecho a explotar la negociación mercantil.
- El pago de las regalías (royalties) o pagos periódicos relacionados con los resultados de la explotación de la negociación. Si hojearmos el Balck's Law Dictionary, este las define, entre otras de sus acepciones, como la compensación por el uso de un bien generalmente registrado, de cosas o recursos naturales, que se expresa como un porcentaje de los beneficios obtenidos por el uso del bien o como una cantidad por unidad producida. Las bases de las regalías deben ser claramente descritas, el criterio que generalmente se sigue para establecer las mismas, es el de las llamadas "ventas netas", lo cual automáticamente compensa la inflación, ahora bien, como consecuencia lógica en el acto jurídico que se celebra resulta igualmente indispensable determinar la base y aclarar qué debe entenderse por ventas netas, las cuales incluyen las ventas brutas, exceptuando ciertos gastos como pudieran ser empaque, fletes, impuestos, devoluciones bonificaciones, etc., tampoco existe un límite en el monto de las regalías y estas se pactarán libremente por las partes.

Pues bien, a manera de conclusión, podemos decir que, la contraprestación suele ser una combinación de un pago inicial y de regalías, y éstas a su vez pueden ser en dinero, en especie, en moneda nacional o extranjera y sobre distintas bases, todas relacionadas directa o indirectamente con los resultados de la negociación materia de la franquicia.

Desde luego como en toda regla, existe una excepción, ya que aunque es usual que los contratos de franquicia, como contratos mercantiles, incluyan la obligación del franquiciatario de pagar una contraprestación, nada obsta para que el contrato de franquicia sea gratuito,

pues la contraprestación no es elemento esencial, esta situación un tanto sui generis, se da cuando se trata de franquicias nuevas, y si bien es cierto y lógico que los beneficios no serán económicamente palpables en un principio se obtendrán otros tantos como pudieran ser expansión, para el franquiciante y precios bajos y asesoría para el franquiciatario.

#### g) LA ASESORÍA Y SUPERVISIÓN

Este elemento real del contrato de franquicia se pacta como una obligación general del franquiciante que completa al resto de los otros deberes contractuales. Posiblemente no requiere detallarse en los contratos cuál es el contenido específico de las materias u objetos de la asesoría y supervisión (este último como medio de transmisión de tecnología, no como derecho del franquiciante).

#### h) LA TECNOLOGÍA

Este es un elemento preponderante del contrato de franquicia, ya que es el instrumento con el que propiamente se lleva a cabo la explotación de una empresa de productos o servicios o para distribución de mercancía. El concepto de tecnología incluye una gran variedad de conocimientos de muy diversa índole que deben concretarse para esta figura negocial.

La tecnología debe estar referida a la explotación de una empresa o negociación mercantil concreta. "desde un punto de vista económico, la empresa es una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado"<sup>31</sup>. jurídicamente, es "el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro"<sup>32</sup>. Los elementos que conforman la empresa son unos incorporeales y otros corporales. Entre los primeros se encuentran la llamada genéricamente "propiedad industrial", que comprende el nombre comercial, la muestra, las marcas, las patentes y los avisos comerciales.

<sup>31</sup> Manuel Broseta Pont, *op cit*, pag. 392

<sup>32</sup> Roberto Mantilla Molina, *op cit*, pag. 132

traducción al español es "saber como hacerlo", comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños que no están patentados o no son patentables, que se evidencian a través de alguna forma física como dibujos, especificaciones o diseños que incluyen casi invariablemente secretos comerciales y que pueden comprender experiencia técnica acumulada y habilidad práctica y que, como mejor se comunican, o quizá en la única forma que pueden transmitirse es a través de servicios personales". El concepto incluye también la destreza, pericia, y habilidades desarrolladas en el uso de la tecnología. El know-how es más descriptivo y detallista que la patente<sup>35</sup>

Cuando se nos habla del know-how, nos referiremos a la experiencia adquirida o diseñada generalmente secreta, y esta puede variar durante la vigencia del contrato, y el franquiciante hará saber al franquiciatario los cambios y actualidad de los conocimientos desarrollados para el mejor modo de explotar el negocio. Un concepto tan amplio como el know-how, así como la variedad de medios para su transmisión, debe especificarse en términos generales en el contrato y remitir los detalles a manuales, instructivos, diseño y otra clase de información. La asistencia técnica es un bien de naturaleza intangible.

Marzorati, define la transferencia del know-how, como de importancia central en un contrato de franquicia. De hecho la considera como un componente esencial del contrato, sin el cual no hay contrato de franquicia.<sup>36</sup>

Es importante distinguir la diferencia entre la asistencia técnica que es "un flujo de instrucciones, directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado." La diferencia radica en que esta generalmente se presta en forma personal por técnicos o personal del franquiciante; por expertos o consultores. Supone el franquiciante "una obligación de hacer." Que debe cumplirse durante la vigencia del contrato; es decir, es de tracto sucesivo. "Las visitas del

<sup>35</sup> José Giral, Primer curso latinoamericano sobre programación de tecnología sectorial para el desarrollo, pag. 49

<sup>36</sup> Osvaldo J. Marzorati, Sistemas de Distribución comercial, Agencia, Distribución, Concesión, Franquicia Comercial, pag. 237

franquiciante al establecimiento ayudan a iniciar la operación y también a asistir en la solución de los problemas de producción.”

### **3.3.3 ELEMENTOS FORMALES**

Resulta por demás obvio mencionar siquiera, que este elemento no es otro que la forma que reviste al contrato, es decir, el medio concreto y determinado, que en el mejor de los casos la ley establece, sin que sea este el único medio para establecer la formalidad de un acto jurídico, en este caso específico el contrato de franquicia, ya que la voluntad de los particulares basta para delimitar e imponer una serie de requisitos que validen la exteriorización de la voluntad contractual.

El principal motivo por el que se llevó a cabo el presente trabajo de investigación surgió porque considero importante que se regule este contrato, lo cual daría pie a pensar que la ley no establece un formalismo a la franquicia, sin embargo, un contenido esencial de la franquicia es la autorización o licencia del uso de una o varias marcas, y esta si se encuentra contenida en el único artículo que contempla a la franquicia, es decir el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, el cual establece que, este acto jurídico si requiere, para su validez frente a terceros, el que se otorgue por escrito y que se inscriba ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

En este caso en específico, aun cuando no va encaminado al contrato de franquicia de manera exclusiva, de manera supletoria, el artículo 136 de la Ley de la Propiedad Industrial, establece que: “El titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca. La licencia deberá ser inscrita en el Instituto para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros.

El artículo comporta una declaración general sobre la procedencia de las licencias de marcas registradas y en trámite, así como el requerimiento básico para que este tipo de convenios, estos puedan surtir efectos frente a terceros, y el contrato de franquicia, al contener

una concesión exclusiva de una serie de elementos (reales), este debe ser inscrito para que surta efecto frente a terceros.

### **3.4 EFECTOS SURGIDOS POR LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Para poder celebrar un contrato de franquicia, es indispensable que se lleve a cabo un proceso de selección de franquiciatario este permitirá conocer el llamado perfil del franquiciatario, es decir, 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.

En el procedimiento de selección mencionado, ambas partes invierten tiempo y recursos, por una parte, el franquiciante emplea cierto tiempo y dispone de personal que lleve a cabo, dicho procedimiento, por su parte el futuro franquiciatario invierte de igual manera tiempo y dispone de recursos financieros, para estar en posibilidad de reunir los requisitos de calidad que exige el franquiciante.

Las condiciones que el franquiciante exige que deberán ser incluidas en el contrato de franquicia, desde luego, estas podrán variar según cada franquiciante, pero grosso modo podemos decir que las condiciones que deben estar presentes son las siguientes:

- a) El franquiciatario deberá cubrir a plena satisfacción del franquiciante el programa inicial de entrenamiento, es decir ese proceso de selección que se menciona en el párrafo que antecede;
- b) El franquiciante, por su seguridad, comprobar la capacidad financiera y crediticia de que dispone el franquiciatario para pagar la contraprestación establecida, así como para adquirir el mobiliario, equipo e inventario con que el que deberá contar para la operación del negocio;
- c) Poseer en uso o en propiedad y a satisfacción del franquiciante, el local donde será ubicado el establecimiento, siempre y cuando estemos refiriéndonos a un contrato de franquicia de sitio;

- d) En algunas ocasiones incluso se establece como efecto el obtener la aprobación del franquiciante respecto de la designación del Gerente de la empresa franquiciada;
- e) Obtener la aprobación del franquiciatario para el proyecto arquitectónico de las instalaciones del establecimiento donde se ubicará el negocio, de igual forma esta condición se presentará única y exclusivamente cuando se trate de un contrato de franquicia de sitio.

### **3.5 OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE**

Las obligaciones en el contrato materia de estudio, pueden ser divididas en dos, las obligaciones esenciales y las accidentales o usuales, y estas son para ambas partes.

#### **3.5.1 OBLIGACIONES ESENCIALES**

- I. Deberá otorgar el uso de la marca, y demás derechos de propiedad intelectual que deban ser transmitidos conforme al contrato, durante la vigencia del mismo.
  
- II. La transmisión del uso del know-how, de conocimientos, asistencia técnica, a través de:
  - (a) Impartir el programa inicial de capacitación, respecto de la operación del negocio y en el uso y elaboración de los productos o servicios.
  - (b) Proporcionar al franquiciatario los manuales de operación del negocio, así como notificarle las modificaciones que se hagan al mismo, para mantenerlo actualizado.
  - (c) Elaborar programas de capacitación periódicos, con el objeto de proporcionar una actualización al franquiciatario respecto de las políticas del franquiciante.
  
- III. Prestar al franquiciante la asistencia técnica convenida, consistente en:
  - (a) La 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.

- (b) Apoyo en el inicio de las operaciones del negocio.
  - (c) Apoyo en la elección del establecimiento en el cual se ubicará el negocio y en el desarrollo de las instalaciones.
  - (d) Apoyo en la realización de programas de mercadotecnia y de publicidad.
- IV. En el supuesto de que se trate de una franquicia maestra, el franquiciante no deberá en ningún momento obstruir al franquiciatario en la explotación del negocio franquiciado, siempre y cuando se explote en el lugar específico que se haya convenido.
  - V. Mantener al franquiciatario en uso de la marca y de los demás derechos de propiedad intelectual transmitidos a éste, durante el tiempo de vigencia del contrato.

### **3.5.2 OBLIGACIONES ACCIDENTALES**

- I. Deberá respetar el derecho de preferencia o de exclusividad del franquiciatario, para la explotación del negocio en un área determinada.
- II. Presentará servicios adicionales, como pudieran ser servicios de contabilidad, jurídicos, de estadística, administrativos, etc. sin que estos sean los únicos que pudiera prestar.
- III. La constitución de un fondo para la realización de publicidad institucional, con los recursos obtenidos del franquiciatario y destinarlos para llevar a cabo dicha publicidad.
- IV. 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.
- V. No obstruir el derecho del franquiciatario a renovar el contrato por el plazo que se haya convenido y cuando se cumpla con las condiciones pactadas.
- VI. No obstruir la cesión de los derechos del franquiciatario, derivados de la celebración del contrato, en el caso de muerte este, en la forma en que se haya convenido en el contrato.

la posibilidad de resolverlos por incumplimiento de una de las partes, el mencionado artículo, a la letra dice:

“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.”

En este caso la parte perjudicada puede pedir el cumplimiento forzoso o la rescisión y, en ambos casos, el pago de daños y perjuicios. La norma general de este modo de terminación de contrato es que la parte perjudicada que quiera resolverlo por incumplimiento de la otra debe hacer saber su inconformidad a la autoridad judicial. Este es el llamado pacto comisorio tácito. Nuestro Código vigente, autoriza implícitamente prescindir de la intervención judicial, mediante el pacto comisorio expreso y esto lo podemos constatar en la siguiente jurisprudencia:

#### PACTO COMISORIO EXPRESO. EFECTOS DEL, EN LOS CONTRATOS CIVILES.

De conformidad a lo establecido en el artículo 1949, del Código Civil del Estado de Guerrero, que estuvo en vigor hasta el dos de marzo de mil novecientos noventa y tres, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, por esta razón, a dicha facultad resolutoria la doctrina le denomina pacto comisorio tácito, en virtud de que va implícita y se sobreentiende en los contratos bilaterales. Sin embargo, también existe el pacto comisorio expreso, esto es, cuando los contratantes establecen dicha facultad en alguna de las cláusulas del acuerdo de voluntades, y el mismo es legítimo, porque, en términos de los artículos 1832 y 1839 de la mencionada ley civil, en materia de contratos la voluntad de las partes es ley suprema, ya que éstas pueden incluir las cláusulas que estimen convenientes, además que, en los contratos civiles, cada uno se obliga en la forma y términos que aparezcan que quiso obligarse. En ese orden de ideas, contrario a lo que acontece con el pacto comisorio tácito, en virtud de expresa

franquiciante como al franquiciatario, ya que dentro del mismo contrato las partes pueden establecer una renovación inmediata por el mismo tiempo por el que se obligaron en un principio. A la llegada del plazo es conveniente que las partes determinen contractualmente algunos efectos posteriores como el no uso de la marca por el franquiciado, la mercancía producida y no vendida, etc., sin embargo, posteriormente se profundizará en el tema de las obligaciones posteriores a la terminación del contrato de franquicia.

### **3.7.5 MUERTE DEL FRANQUICIATARIO**

Esta causa aplica cuando el concesionario es una persona física, aunque, cabe hacer mención que no es una causal determinante, ya que, puede establecerse en el contrato franquicia continúe vigente con los herederos o que se termine en un plazo razonable en el cual el franquiciante tiene derecho a recomprar la franquicia o dar alguna indemnización a los herederos. Incluso puede pactarse que los herederos se encuentren facultados para ceder el contrato de franquicia a un tercero a la muerte del franquiciatario.

En disposiciones legales del estado de California en los Estados Unidos de América, se previene que a la muerte del franquiciatario el concedente no negará al cónyuge supérstite o a los herederos la oportunidad de participar como propietario de la franquicia por tiempo razonable, durante el cual deberán satisfacer los requisitos de un franquiciatario, vender o traspasar la franquicia a una persona con las cualidades que exige el franquiciante para nuevos franquiciatarios.

### **3.7.6 JUSTA CAUSA**

Esta causal de terminación resulta un tanto especial ya que surge en los contratos de formación y explotación de una negociación, y se encuentra contenida en la legislación estatal de algunos estados de la Unión Americana. El concepto de justa causa, buena causa, causa razonable o, simplemente, causa, varía de una legislación estatal a otra, en algunos casos se incluye a la justa causa como una violación o incumplimiento del franquiciatario a los requerimientos o a las obligaciones del contrato de franquicia. Algunas normas determinan

que el incumplimiento, debe ser sustancial, otras aluden a causas específicas como abandono del negocio por el franquiciatario, cometer un delito, mal uso de la marca del franquiciante, quiebra y falta de pagos. Algunos ejemplos de situaciones que pudieran ser consideradas como causa justa sería en el caso de que el franquiciatario no llegue a las cuotas o cifras de ventas razonables o fijadas por el franquiciante; otro podría ser que no sea rentable; la falta de higiene en restaurantes; abuso o mal trato a la clientela.

Con relación a los efectos de la terminación de este contrato es necesario hacer notar que se trata de un contrato de tracto sucesivo y la rescisión por incumplimiento o la terminación anticipada produce efectos hacia el futuro, no en forma retroactiva como sucede en contratos de ejecución instantánea o de una sola prestación. En materia de rescisión el Código Civil, no contiene una norma que explique este fenómeno. A diferencia del Código Civil italiano, que en su artículo 1458, establece que "la resolución del contrato por incumplimiento tiene efectos retroactivos entre las partes, salvo en el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, con respecto a los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones antes realizadas..."

Algunos de los pactos que debe contener el contrato de franquicia para los casos de terminación anticipada o por la llegada del plazo son:

- a) La obligación del franquiciatario de no usar la marca, removería de todos los establecimientos, equipos e instalaciones, etc. Esta obligación debe ampliarse, en cada contrato, para el uso del nombre comercial, los avisos comerciales y la explotación de las patentes.
- b) El franquiciatario no podrá seguir explotando la negociación materia de la franquicia, ni realizar negocios similares o semejantes que pudieran afectar al franquiciante y dar la impresión a los consumidores o público de que el franquiciatario es todavía una persona autorizada por el franquiciante para explotar esa clase de negocio.

contrato. En caso de que no haya incumplimiento del franquiciatario, el franquiciante que da por terminado antes del plazo sin justa causa, contractual o legal, debe una indemnización a su contraparte.

### **3.8 CLASIFICACIÓN DE LA FRANQUICIA**

Me parece interesante, la manera en la que la doctrina española, clasifica a la franquicia, ya que, ésta la clasifica por lo que respecta a su objeto y la encontramos dividida de la siguiente manera:

#### **a) Franquicia de Producción.**

El franquiciante es quien fabrica los productos y es lógicamente el propietario de la marca, estos productos son distribuidos por los franquiciatarios. Este tipo de franquicia es empleado por las empresas industriales que consideran a la franquicia como el medio más rentable para acortar el canal de distribución y controlar de forma directa la venta de sus productos.

Esta fue la primera forma de franquiciar en el mercado y esto lo podemos constatar ya que en Estados Unidos de Norte América, la General Motors y Coca-Cola, fueron quienes iniciaron esta forma de hacer negocios, es decir, fueron los pioneros en este hasta ese momento desconocido sistema de hacer negocios por su parte en Francia, este tipo de franquicias se han desarrollado en mayor medida en el sector textil, como son el caso de Lainiere de Roubaix con las conocidas Lanas Pingouin, ambas franquicias conocidas en ese país europeo.

#### **b) Franquicia de Distribución.**

El franquiciante actúa como un seleccionador de productos que son fabricados por otras empresas, se trata de una central de compras que distribuye un surtido seleccionado de productos a través de su red de puntos homogéneos de venta previamente franquiciatarios, a la que presta una colección de servicios, incluso pudiera ser el dueño de los lugares en donde se establecen sus franquiciatarios

En la franquicia de distribución se han volcado las expectativas como medio de reconversión y modernización del comercio detallista tradicional, es decir que podrían pasar de ventas al

menudeo a ventas al mayoreo, esto trae como ventaja a los franquiciatarios una disminución de costos y al franquiciante, un aumento en la cantidad de los bienes o servicios que distribuye.

#### c) Franquicia de Servicios.

En este tipo de franquicias, el franquiciante ofrece a sus franquiciatarios una fórmula original, específica y diferenciada de prestación de servicios al consumidor, con un método experimentado y probado por su eficacia en el mercado.

La franquicia de servicios es la que mayor diversidad y desarrollo presenta, cualquier servicio puede ser objeto de franquicia, siempre que sea original, reproducible, experimentado, rentable, identificable y diferenciados, incluso podemos contemplar dentro de esta clasificación la de los restaurantes ya que no solo clonan, por llamarlo de alguna manera los alimentos, sino también el servicio que proporciona el mismo restaurante, o acaso creen, que el que el personal que labora en McDonald's, coincidentemente son jóvenes, y que todos dicen "recibo 100 pesos, 45 de cambio", desde luego que esto tiene una razón de ser, aunque el servicio no es la parte importante de las franquicias restauranteras, pero un claro ejemplo de una franquicia que proporcione únicamente un servicio y no un producto podría ser el de las tintorerías Dry Clean, en la cual es sólo el servicio lo que es proporcionado al cliente.

#### d) Franquicia Industrial.

Esta sin lugar a duda, es una forma particular de franquicia en la que el franquiciante y el franquiciatario son como su nombre lo dice, industriales.

El franquiciado cede al franquiciatario, a través del contrato, además de su derecho de fabricación, la tecnología y la comercialización de sus productos, su marca y los procedimientos administrativos y de gestión, así como las técnicas de ventas, es decir lo único que varía con relación a una franquicia tal como la conocemos es la calidad que deben reunir las partes.

#### e) Franquicia Comer.

Esta franquicia por extraño que parezca, su característica distintiva es que se desarrolla dentro de otro establecimiento comercial, en el que existe un espacio franquiciatario, y desde luego éste no es la totalidad del local, en esta superficie franquiciada se venden los productos y se prestan los servicios del franquiciatario, según los métodos y las especificaciones del franquiciante.

Es el caso de algunas tiendas especializadas en grandes almacenes o establecimientos multisectoriales, o pequeños espacios muy especializados en otro tipo de establecimientos, (alimentación, ferretería, perfumería, óptica, etc.), recordemos que esta clasificación es acorde a la doctrina española, por lo que pudiera que algunas franquicias no se aplicaran aún en México, sin embargo este no es el caso ya que bastaría con acudir al Palacio de Hierro, para encontrar una sección exclusiva de la tienda Julio, o acudir a la sección de perfumería para ver de una manera tangible lo expuesto ya que incluso las señoritas que se encuentran promocionando una línea de perfume o maquillaje, aún cuando se encuentra dentro de Palacio de Hierro, no trabajan para esta empresa, sino para la línea que representan, la cual tiene asignada una superficie determinada.

#### f) La Franquicia Master.

Es el sistema que más se utiliza para extender una franquicia fuera del país de origen. Se trata de la relación contractual que une a un franquiciante extranjero con una persona física o jurídica del país en cuestión, actuando este último como franquiciatario y al mismo tiempo como franquiciante de los puntos de venta que se van abriendo, siendo el responsable del desarrollo y representación del franquiciante de forma exclusiva en su país.

El Master franquiciante explota directamente el establecimiento piloto y es el responsable de la selección de nuevos franquiciatarios, así como de la inversión y de la publicidad global de la red y monopoliza las relaciones con los franquiciatarios de su territorio, esto no es otra cosa que poseer la exclusividad de una franquicia.

**CAPÍTULO IV**  
**VENTAJAS Y DEFICIENCIAS DEL**  
**CONTRATO DE FRANQUICIA**

Desde luego la pregunta que seguramente más de uno se estará haciendo a un capítulo de la conclusión del presente trabajo de investigación, mismo que lleva por título "Importancia de la Creación de una Legislación que Regule al Contrato de Franquicia", es la siguiente, ¿qué hay de malo en el contrato de franquicia? ya que, hasta ahora solo se han hecho comentarios positivos, es decir, si bien es cierto que no existe una regulación especial para a este instrumento jurídico, también, es posible que se piense si existe algo tangible que demuestra la ineficiencia de dicho contrato, además si es tan ventajoso para una de las partes, porque es una de las formas de hacer un buen negocio hoy en día, pues bien a efecto de poder realizar un intento para responder todas esas dudas que empiezan a generarse en torno a esto, comenzaremos por reproducir un artículo publicado en el periódico "Reforma", en su Sección de Negocios, el día Jueves 31 de agosto de 2000, que a la letra dice:

"La cadena de restaurantes McDonald's hizo justicia por su propia mano contra un franquiciatario de Monterrey y se requiere crear una Ley de Franquicias para evitar casos similares, afirmó el director de estudios jurídicos del ITESM, Rogelio Martínez Vera.

### **CRITICAN DECISIÓN DE MCDONALD'S**

Monterrey.- Rogelio Martínez Vera, director de estudios jurídicos del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, dijo que la actitud de McDonald's de quitar la franquicia a dos establecimientos, carece de carácter jurídico.

El retirar la franquicia fue una decisión unilateral del franquiciante, porque el propio McDonald's afirmó que esperan la resolución final de los tribunales, lo que significa que debieron esperar a que se emita la resolución judicial para retirar la franquicia, no antes", destacó.

Aquí el franquiciante se está haciendo justicia por su propia mano, y lo correcto es mediar una resolución judicial, si alguna de las partes incumple tiene que demandar ante los tribunales, añadió.

Hay un principio de derecho que señala que nadie debe hacerse justicia por sí mismo.

Señaló que no pueden dejar el incumplimiento de un contrato al arbitrio de uno de los contratantes, y éste es un principio general del derecho y una franquicia es un contrato.

Existe una cierta irregularidad de carácter jurídico, expresó. Martínez Vera explicó que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial es competente para conocer una diferencia entre las partes, y para emitir una decisión por la vía administrativa que es combatible ante los tribunales.

El tribunal federal de la propiedad industrial es un amigable componedor él va a tratar de acercar a las partes y en caso de que no tenga éxito, emite un fallo pero éste es atacable ante los tribunales, quienes son los que determinan, agregó.

Martínez Vera atribuyó el problema en McDonald's a la falta de una Ley específica sobre franquicias.

Por su parte, el presidente de la Cámara Nacional de la Industria Restaurantera en Nuevo León, Gerardo Estrada Hernández, dijo que el organismo está dispuesto a brindar una asesoría al restaurante McDonald's en conflicto, y tomar un papel de conciliador para resolver lo antes posible el rompimiento comercial que se ha dado.

Si de alguna manera nos hacen (los involucrados en el conflicto) una petición formal sobre un tipo de apoyo que puede prestar la cámara veremos la forma de hacerlo, expresó.

Hasta ayer el empresario franquiciante y la empresa McDonald's no se habían acercado a la Canirac para solicitar una determinada ayuda a la problemática por la que atraviesan.

## **SIGUEN CON EL GIRO**

Monterrey.- Después de un día de que la cadena de restaurantes McDonald's retirara los derechos de uso de marca a la sucursal ubicada en Hidalgo y Pino Suárez, en Monterrey, el restaurante planea seguir con su giro: las hamburguesas.

Con los anuncios de los arcos dorados cubiertos con un plástico negro, ante la sorpresa de los clientes, el restaurante tenía sus puertas cerradas al público que llegaba en busca de alguna hamburguesa típica del lugar.

Los únicos que tenían acceso al interior del inmueble, eran los trabajadores de la ahora exfranquicia de McDonald's que llegaban al restaurante, esperaban una explicación por parte de los encargados y se retiraban del mismo.

Dentro del restaurante, donde no había servicio al público porque los productos estaban asegurados, los trabajadores recibían la promesa de continuidad laboral, sin que el problema de la franquicia con el empresario, Angel Lastra, afectar sus trabajos.

Empleados del lugar comentaron algunos de los planes del restaurante, los cuales les fueron informados por los encargados del lugar, que fungían como voceros para el resto de los trabajadores del restaurante.

Parece que vamos a seguir vendiendo hamburguesas, pero ya no van a ser de McDonald's, porque nos dijeron que íbamos a cambiar un poco los ingredientes, ya no nos van a dejar que sean los mismos productos, informó una empleada del lugar.

El derecho de uso del nombre McDonald's fue retirado por un adeudo de 13.5 millones de pesos por el franquiciatario Angel Lastra, el cual tenía un contrato con la marca estadounidense desde 1994.<sup>39</sup>

Como puede observarse, el franquiciatario de la empresa multinacional McDonald's, en Monterrey, no estuvo de acuerdo con el fallo emitido por el órgano que rige la materia que es el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (I.M.P.I.), por considerarlo tendencioso, y busca la justicia ante los tribunales, que dicho sea de paso muestran mayor equidad que el mencionado órgano administrativo, a pesar de que éstos pudieran carecer de conocimiento en la materia, sin embargo, de existir una ley que regulara este contrato, sería más fácil para un juez determinar si existen o no cláusulas leoninas, ya que en ese ordenamiento legal, se contemplarían las facultades y las prohibiciones para una y otra parte, e incluso estableciendo

---

<sup>39</sup> Raymundo Mejía, Dolores Ortega y Francisco Cepeda, Reforma, pags. 1A y 7A

todos los "afiliados", efectuándose dichas compras con mucha antelación. Estas están basadas en las estadísticas de ventas de todos los puntos de la cadena, reduciendo considerablemente el error en los pedidos, bajando considerablemente los stocks y disminuyendo los gastos de gestión. Las entregas de mercancía son efectuadas con antelación, planificadas perfectamente, permitiendo ofrecer el producto, en el momento deseado. Todo ello, reduce el riesgo comercial para el franquiciatario.

- Asesoramiento técnico y de gestión

La central, a través del Manual Operativo indica y ayuda al franquiciatario a gestionar su negocio. En este instrumento se detalla "el saber hacer" o know-how, de la central y los aspectos generales para la explotación del negocio: informaciones generales de la empresa, política comercial, stocks y aprovisionamiento, financiamientos, contabilidad, política de precios, promoción, publicidad, presupuestos de inversión, contratos, etc.

- Renovación de técnicas comerciales

El franquiciante está obligado a mantener su realización en la vanguardia de las técnicas de distribución comercial, haciendo partícipe de las mismas a sus franquiciatarios, aportándoles conocimientos y sistemas que individualmente serían muy difíciles de conseguir, es decir técnicas de merchandising, promoción, publicidad etc. La central aporta el conocimiento del mercado al que va destinado el producto, soportando los gastos de su investigación y desarrollo. La puesta a punto de nuevos productos que satisfagan las necesidades de la clientela corre asimismo a cargo de las centrales franquiciantes.

- Formación del personal

Las nuevas demandas del mercado exigen por parte del franquiciante un esfuerzo que al comerciante tradicional le puede resultar difícil de atender. Las técnicas comerciales exigen nuevas formas y modos de actuar, requiriendo una preparación adecuada y en continua

renovación. El franquiciante ofrece a sus afiliados programas de formación y reciclaje para los propietarios franquiciatarios y sus empleados, acorde con las funciones y necesidades a satisfacer dentro de los comercios detallistas. Esta formación unificada y personalizada forma parte de la imagen corporativa global de la cadena, contribuyendo con ello a dar una personalidad definida y diferente que acompaña a toda enseña de marca.

- **Ventajas financieras**

El pertenecer a una cadena de franquicia de reconocido prestigio mejora en muchos casos las condiciones de negociación de créditos bancarios dentro de éstas ciertas cuestiones como pudieran ser tipos de interés, duración de los créditos, garantías, etc., al estar estas peticiones respaldadas por el prestigio de una marca. En algunos casos el franquiciante llega a acuerdos globales con las entidades bancarias que facilitan las futuras relaciones de sus afiliados, disminuyendo en la mayoría de los casos los gastos de explotación,

- **Ayudas en la puesta en marcha de un negocio**

A través del paquete de franquicia, se ofrece al afiliado asesoramiento técnico en la instalación o acondicionamiento del local de negocio, proporcionándole un dossier con las especificaciones necesarias sobre mobiliario, rótulo comercial, iluminación y todo lo imprescindible para la completa instalación del comercio, siempre acorde con la imagen corporativa de la enseña correspondiente. En el caso de no poseer todavía un local, la central asesora sobre el lugar más conveniente a fin de conseguir la máxima rentabilidad en la explotación del negocio.

## **4.2 VENTAJAS PARA EL FRANQUICIANTE**

La franquicia, evita muchos de los problemas de distribución conocidos y en cambio aporta un gran número de ventajas para el franquiciante, que se materializarán en un rápido crecimiento y en una mayor facilidad en la obtención de beneficios, algunas de estas ventajas pueden ser:

- **Rápido crecimiento**

La concesión de franquicias a comerciantes y/o empresarios individuales permite un rápido asentamiento en el mercado. Este, a su vez y a causa de la presencia física de estos comerciantes, en diferentes zonas del mercado, hacen apetecible la marca, ya que ésta, da una imagen de solidez y eficacia que ayuda a generar nuevos puntos de venta con relativa facilidad. La cobertura rápida de zonas comerciales, además de las ventajas económicas inmediatas, permite un mejor conocimiento del mercado, beneficiándose el producto y su destinatario y aumentando por tanto, el grado de rentabilidad de la empresa. El control de la red de distribución, permite en teoría y al evitar los intermediarios, abaratar los precios del producto, dándonos a conocer con mayor exactitud la realidad del mercado y sus necesidades, pudiendo satisfacer con mayor rapidez y eficacia sus demandas.

- **Diversificación de ingresos**

La cesión a un afiliado de marca, logotipo, más el know-how, genera habitualmente un canon, es decir una norma o mejor dicho un modelo a seguir como derecho de entrada, que puede oscilar considerablemente según la importancia y relevancia de la central. Este canon, da derecho al franquiciatario a usar la imagen corporativa de la empresa y a vender en exclusividad territorial sus productos.

- **Disminución de gastos de gestión**

La organización de una "central de franquicia" es relativamente sencilla y su personal no muy elevado, aunque el mismo debe estar altamente calificado. Esta central debe ocuparse del asesoramiento continuado y del control de gestión realizado por los dueños afiliados.

- **Menores problemas de personal**

Desde luego el franquiciar, nos evita tener en nuestra empresa, a una persona que solo tiene un salario y que cuando acaba la jornada cierra el negocio y se despreocupa totalmente de él, teniendo en su lugar a una persona que sabe que el negocio es suyo, y va a trabajar lo

necesario para levantarlo y va a estar totalmente motivado por su negocio. Esta relación laboral entre franquiciante y franquiciatario debe considerarse como una de las mejores ventajas. El personal de los puntos de venta está bajo la tutela y control de los afiliados, representando un considerable ahorro en los gastos de gestión y explotación.

- **Inversiones reducidas**

Finalmente el crecimiento de una red de ventas, conlleva un aumento de la inversión, en instalaciones, infraestructura, gastos de gestión, etc. Pues bien en el sistema de franquicia, estas inversiones, son soportadas por los afiliados, la inversión directa para la central de franquicia se reduce a la estructura necesaria para abastecer a la red y al personal necesario para prestar los servicios de asesoramiento y control. De esta manera podemos darnos cuenta de porque conviene invertir en una franquicia en vez de iniciar con un negocio nuevo, ya que la franquicia es de igual manera un negocio propio, pero con un mercado hecho, es decir que tenemos clientela antes siquiera de iniciar en el negocio.

#### **4.3 DEFICIENCIAS Y PROPUESTAS**

Considero que una de las razones por las que las franquicias en ocasiones llevan al fracaso se deben a que este sistema es aun muy joven y requiere de que la experiencia acumulada sea asentada en una legislación, el no contar con esta normatividad genera un uso inadecuado.

Pues bien, antes de iniciar con este subcapitulo e iniciar a desarrollarlo, debo manifestar que lo que básicamente se buscaría con la creación de la legislación que regule de manera completa el contrato materia de estudio, son los siguientes puntos:

- Imparcialidad, para las partes que en él intervienen.
- Visión de negocios, este punto se llevaría a cabo desde luego buscando que los franquiciatarios no sean estafados.
- Equilibrio de las prestaciones mediante la flexibilidad en el contrato, consideramos que un contrato no debe tan rígido en el sentido que no se trata de un contrato de adhesión, sino

de un contrato que involucra a personas ya sean físicas o morales con necesidades diferentes.

- Prevención, este es uno de los puntos fundamentales en la legislación propuesta, ya que si se previene cualquier abuso de cualquiera de las partes que en él intervienen, de seguro se volverá un sistema más recurrido para quien desee involucrarse en el mundo de los negocios.
- Su carácter internacional, esto desde luego porque al referirnos a un contrato de tal relevancia no solo a nivel nacional sino a nivel internacional, cualquier disposición no debe contravenir ningún tratado internacional, en especial los de libre comercio, y por el contrario bastaría con ver la legislación desarrollado por los Estados Unidos de Norteamérica, para darnos cuenta de lo que significa este contrato para el país vecino, o el código de franquicias de Europa, o los intentos, que no han pasado de eso, en Sudamérica, que empiezan a dar sus primeros pasos para regular este contrato, o sin ir tan lejos los trabajos que la UNIDOIT, ha hecho con relación a este instrumento jurídico.

Toda vez, que en México, no existe un órgano de la administración pública federal, que obligue a los franquiciatarios a formar un registro, es común encontrar a franquiciatarios que fracasan en el intento de encontrar la llave al éxito en el mundo de los negocios, por lo que propongo, la creación de un registro obligatorio de franquiciantes, esto con el objeto de que los franquiciatarios conozcan las condiciones de contratación ofrecidas cada uno de los franquiciatarios, antes de involucrarse en un acuerdo contractual y la regulación de ciertas causas justas para los casos de terminación anticipada de los contratos o la no renovación de los mismos en perjuicio de los franquiciatarios. En caso de que los franquiciatarios no se encuentren registrados, no estarán en posibilidad de vender sus franquicias, si éstos vendieran aún sin contar con una constancia del Registro, serían sancionados e incluso el franquiciatario podría iniciar una denuncia por el delito de fraude, e incluso el registro deberá ser renovado por un periodo determinado que bien podría ser de un año, esto con la finalidad de que no sean franquicias que se internan al país se allegan de recursos de personas que

desconocen el tema o franquiciatarios que ven en este sistema una mina de oro y piensan que todo negocio puede ser franquiciable.

Otro punto que sugiero es que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, otorgara estímulos fiscales a las franquicias de larga duración, esto toda vez, que si bien es cierto que un franquiciante puede desear tener un contrato de corta duración para poder dar por terminada la relación sin demostrar el incumplimiento, También, es cierto que una vigencia breve en un contrato de franquicia maestra desmotiva al franquiciatario, incluso corriendo el riesgo de convertirle en un futuro competidor. Además atenta contra el principio de buena fe establecer vigencias muy breves que permiten terminar una relación con un franquiciatario que aún no ha podido recuperar la inversión, e incluso debe ser considerado como práctica desleal de comercio, ya que el franquiciatario se convierte en un medio para diversificar el mercado del franquiciante, y una vez que el franquiciatario ha invertido en su nuevo negocio, el franquiciatario se lo arrebatara.

Por otro lado, como se menciona unas líneas antes, cuando el franquiciatario, se ve en una situación en la que le es arrebatada su inversión, se convierte en un competidor de quien le otorgó la franquicia.

Un antecedente de esto último, lo podemos encontrar en un sonado caso canadiense en el que un alto funcionario de un franquiciante de una cadena canadiense de nombre "Pizza-Pizza" se separó de la compañía y poco tiempo después abrió un establecimiento de nombre "Chicken- Chicken". Valiéndose de la experiencia adquirida en su anterior franquicia y sin competir, según él, con Pizza- Pizza", desde luego la compañía poseedora del know-how, hizo valer sus derechos ante los tribunales de Canadá, y por supuesto el vendedor de pollo perdió el juicio, ya que el juez consideró que era aplicable la cláusula de "no competencia", ya que lo que se vendía no era pizza o pollo sino la velocidad y sistema de presentación e imagen del negocio, afortunadamente para "Pizza- Pizza", el juez que conoció del asunto evaluó de manera correcta la litis, y optó por valerse del concepto que encierra al know-how, y así

determinar que justo esto fue de lo que se valía "Chicken- Chicken" y no de un nombre o producto.

Otro caso, es el de unos helados estadounidenses que habían sido franquiciados en Japón. Como tenían un gran éxito, al franquiciante se le ocurrió que al término del contrato de franquicia sería más rentable que él abriera directamente una agencia de distribución de sus helados. Se lo comunicó al franquiciatario japonés y éste consideró, y dicho sea de paso de manera muy justa, que no era justo haber invertido tanto tiempo y dinero en desarrollar un mercado para que el franquiciante se beneficiara de él sin causa. De tal forma que antes de terminar su contrato inició la publicidad lanzando una nueva marca de helados, esta vez japoneses, diciendo que eran mejores que los de su franquiciante, y éste, consideró que el franquiciatario había incumplido su contrato, ya que se establecía que el contrato decía que debería realizar su "mejor esfuerzo", en promocionar los helados del franquiciante. Se establecía la jurisdicción de los tribunales de Nueva York, quien decidió que era un foro no conveniente (*forum non conveniens*), posteriormente, las partes se sometieron a un arbitraje y se decidió que el japonés no había incumplido ya que la obligación de "mejor esfuerzo", no le obligaba a dañarse a sí mismo y que su actuación fue el resultado de la actuación de falta de buena fe y lealtad negocial del franquiciante al establecer un término tan breve en su contrato de franquicia.

Se deben visualizar todos y cada uno de los factores que influyen en la celebración de un contrato de franquicia, de esta manera se evitaría derrochar recursos tanto humanos como financieros, ya que se debieran establecer cuestiones relativas a los detalles financieros, como pudieran ser el monto, de la contraprestación o regalías que se deben pagar al franquiciante como cuota inicial (*initial fee*), que suele no ser reembolsable; considero que esta cantidad debiera ser establecida de manera porcentual, de acuerdo con la inversión que debe hacer el franquiciatario para allegarse de todos y cada uno de los elementos que exige el franquiciante

Otra propuesta, es dar cierta flexibilidad al contrato, consistente en dar cierta autonomía al franquiciante, misma que no será necesaria se contenga o establezca en el contrato, debido a que los cambios son supervinientes, mismos que mantienen a la franquicia a la vanguardia, para ser un poco más específico, me refiero cambios como aquellos relativos a abrir o lanzar una nueva gama de productos y/o servicios, la posibilidad de desarrollar nuevos mercados, el deseo de utilizar nuevos canales de distribución, la mejora de las instalaciones del establecimiento, etc..

Existen puntos que deben ser negociados, por ejemplo, sobre el abastecimiento de productos, en algunos contratos se establece que deben contar con el nivel de calidad señalado por el franquiciante, pero en otros es éste quien los proporciona, esto debe estudiarse con atención, porque muchas veces la mayor parte de las regalías o ingresos del franquiciante provienen del reetiquetado de las mercancías que envía. Además, si se trata del extranjero podría darse el caso de que aumenten notablemente los costos por transporte y/o aduanas. Durante el tiempo en que realicé esta investigación, tuvimos la oportunidad de entablar una conversación con un agente aduanal, que en ese tiempo trabajaba para la Agencia Aduanal TASA, SA de C.V., quien me platicó un caso curioso referente a un arancel que se cobrara a las papas procesadas. En México se paga un arancel más alto para las papas frescas que para las papas procesadas, un franquiciante consideró que si pasaba las papas en tambos de agua se consideraría una papa procesada, así lo hizo durante varios años hasta que las autoridades aduanales consideraron que no era un proceso el simplemente ser transportadas en agua, el franquiciante, argumentó que así se conservaban mejor las papas y lograban estar más jugosas. El caso todavía se encuentra sujeto a proceso y aún no se define. Otro caso que ha sido causa de problemas es el del franquiciado que se veía obligado a comprar los envases de su producto al franquiciante a un precio nueve veces mayor al que si él lo adquiría en México. Todo esto debe tomarse en consideración al negociar el contrato. Igualmente, el equilibrio de las prestaciones debe reflejarse en

obligaciones del franquiciante como la promoción, publicidad, protección a las marcas y otras que deriven de la naturaleza del contrato.

Esto viene a colación, porque en ocasiones resulta absurdo obligar a que el franquiciatario adquiriera los productos con determinados proveedores, sin importar que existan otros con la misma calidad en la fabricación o distribución de los productos, cabe hacer mención, que en tanto no se vea disminuida la calidad del bien o servicio que se ofrezca, no se incumpliría el acuerdo de voluntades, y de esta manera se impediría se consumaran negocios extras que en ocasiones emplean los franquiciantes en perjuicio de sus franquiciatario y en beneficio suyo.

Aquí es donde viene mi propuesta, no sería descabellado y si muy sano que se utilizara un sistema para adquirir bienes o servicios similar al que emplea la Administración Pública, para adquirir o construir, que es a través de una licitación en donde se analizan las propuestas económicas y técnicas sobre la calidad del material que se emplea. Esto trae a colación que una de las empresas más grandes del mundo como es Cifra Wal Mart, cuyo dueño es considerado el hombre más rico del mundo por encima del multimillonario Bill Gates, al darse cuenta que se pueden disminuir costos con tan solo abastecer sus centros comerciales mexicanos con proveedores nacionales en vez de emplear a los norteamericanos, si esto da resultado como creo que lo hará, es seguro que se implementará esta medida en todos los centros comerciales que ostentan esta marca.

Otro factor que sin lugar a duda, permitiría un equilibrio en las prestaciones a lo largo de la vida del contrato de franquicia sería contemplar el ordenamiento legal propuesto la información que se le proporcione al franquiciatario que, en manera enunciativa y no limitativa, deberá incluir adaptándola al tipo de franquicia de que se trate en lo siguiente:

- Descripción del sistema de franquicia.
- Indicación precisa del ámbito de los derechos que se puedan otorgar en el contrato de franquicia.

- Descripción del territorio.
- Lista de derechos y obligaciones de las partes, mismas que se contemplan en el capítulo anterior.
- Capacitación previa y durante la vigencia del contrato, incluyendo sobre quién pagará los traslados y el lugar en donde se impartirá tal capacitación.
- Disposiciones relativas a la supervisión y control de calidad.
- Disposiciones para el intercambio de experiencia entre los franquiciatarios, establecimiento de los medios de comunicación.
- Protección a las marcas y know-how, así como a otros derechos de propiedad intelectual.
- Disposiciones sobre modificaciones al sistema de franquicia.
- Disposiciones sobre el pago, aumento o disminución de regalías.
- Disposiciones sobre la frecuencia en que se deberán realizar informes y/o auditorías, esto podría ser la manera idónea de prevenir cualquier disfunción que presente el franquiciatario.
- Manuales que cumplan con las disposiciones, debidamente traducidos al idioma y adaptaciones culturales, en caso de tratarse de una franquicia extranjera.
- Pago de seguros.
- Publicidad.
- Convenios de confidencialidad.
- Acuerdos de no competencia.
- Causas de incumplimiento.
- Duración del contrato y, en su caso, mecanismos para su renovación.
- Disposiciones sobre jurisdicción incluyendo arbitraje, mediación y/o arbitraje.

Una de las mejores formas de prevenir que el franquiciatario, se cree falsas esperanzas, sería si el franquiciante, fuera obligado a establecer calendarios de desarrollo realistas, y en caso de no cumplirse, el franquiciante condona un porcentaje de las aportaciones que realiza

el franquiciatario, otra propuesta sería que al elegir el fondo de publicidad se establezca que publicidad se va a pagar y a quien pertenecería el remanente en caso de que sobrara algo después del ejercicio fiscal, esto es con el objeto de hacer la debida distribución de ingresos para las declaraciones fiscales y no quedara a la deriva ese remanente y una de las partes se apoderara de él y la otra se viera obligado a declararlo fiscalmente.

La creación de la ley propuesta, evitaría recurrir a tantas legislaciones como actualmente se hace para celebrar un contrato de esta naturaleza, algunas de las cuestiones legales que deben tenerse en cuenta son:

- Orden público.
- Inversión extranjera.
- Marco jurídico corporativo.
- Leyes de competencia.
- Protección de propiedad intelectual.
- Derecho bancario y derecho financiero.
- Control de cambios.
- Compraventa de bienes.
- Aduanas, aranceles y tarifas.
- Seguros y responsabilidad civil.
- Impuestos.
- Derecho laboral.
- Regulación de franquicias.

Una propuesta que no debe ser pasada por alto ya que de no llevarla a cabo, sería como llevar de la mano al fracaso a la franquicia, es la falta de comunicación de las partes que en ella intervienen, así es que debiera quedar establecido en la legislación propuesta, que por lo

menos una vez cada dos meses, se debieran llevar a cabo mesas de trabajo que permitan tanto a franquiciante como a franquiciatarios, una interacción.

Finalmente, y a manera de última propuesta, sería que durante la etapa inicial, sería proporcionar por parte del franquiciante, información precontractual, la cual habrá de ser veraz y entregarse por escrito por lo menos 20 días antes de la firma de cualquier contrato, esta información debe contemplar los siguientes puntos:

- Fecha de creación de la empresa.
- Centros propios y pilotos.
- Estructura y organización del franquiciante.
- Entidades bancarias con las que opera y copia de sus cuentas anuales.
- Descripción del método utilizado en el negocio.
- Relación de los establecimientos adheridos a la red y de franquiciados que hayan causado baja en el último año y la razón de la baja.
- Extracto o copia literal del contrato de franquicia y, en cualquier caso, los deberes y obligaciones que otorga e impone.
- Plan de inversiones o gastos que debe realizar el franquiciado para la puesta en marcha de una tienda.
- Apoyos concretos que se prestan en materia de publicidad y formación. (Para evitar dejar en una situación de desprotección al franquiciante, y así evitar posibles apropiaciones de esta información, es conveniente firmar un documento de confidencialidad con el candidato, de forma que su difusión le pueda acarrear sanciones económicas. Es una medida de protección contra el plagio).

En fin, a pesar de que los mencionados, no son todos los puntos que debe contener una legislación que intente regular este contrato, tan importante en nuestros días, considero que si son de los más importantes, desde luego, no es posible profundizar a detalle en el presente trabajo de investigación, porque de ser así, entonces deberíamos hablar de una autoridad que

no solo regulara sino que sancionara cualquier incumplimiento de las partes y como estaría orgánicamente conformada esta y cada uno de los artículos que contendría el ordenamiento propuesto, sin embargo esto no quiere decir que se trate de un trabajo incompleto, ya que, los principales problemas que presenta el instrumento jurídico materia de estudio han sido expuestos en este subcapítulo, y a manera de conclusión en el siguiente punto, se harán constar los testimonios proporcionados en su mayoría por la Asociación Mexicana de Franquicias, y algunos casos excepcionales fueron el resultado de un cuestionario que formulamos y enviamos a través de un correo electrónico a la Asociación Española de Franquiciadores, para así allegarnos de más información.

## **CONCLUSIONES**

En primer lugar, se logró determinar que el surgimiento del contrato de franquicia, fue al término de la Segunda Guerra Mundial, y el país en el cual se dio este fenómeno no fue otro que nuestro vecino del norte, esto debido a la necesidad que mostraban tanto las empresas por reducir costos, optando por cobrar para que alguien más vendiera sus productos en vez de pagar por lo mismo.

Además resulta notoriamente evidente que las relaciones económico-jurídicas evolucionan con una rapidez mayor que nuestras instituciones jurídicas, prueba de ello es precisamente la franquicia, que no fue sino hasta después de muchos años de existencia que comienza a ser objeto de regulación legal, para entender esto, basta con saber que en México, a pesar de que se tuvo conocimiento de la existencia del contrato de franquicia, en la época de los años setenta, no fue sino hasta finales de los 80's que empezó a tener relevancia jurídica, siendo la década pasada el gran boom que tuvo este instrumento jurídico en nuestro país, conjugando una serie de elementos ya conocidos con otros nuevos para configurar el contrato materia de estudio en el presente trabajo de investigación.

Además, para el consumidor, el sistema de franquicias, también trae consigo una gran ventaja ya que los establecimientos que operan con base en este sistema se distinguen por tener una excelente y uniforme calidad en sus productos y servicios, así como por la atención amable y especializada que brinda.

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, considero de vital importancia hacer esta aclaración, ya que a lo largo de la investigación del tema en cuestión, escuché de algunos compañeros que ellos consideraban este contrato como innominado, situación que no se adecua, ya que en la Ley de la Propiedad Industrial, podemos encontrar un intento de concepto que se establece en el artículo 142 que a la letra dice que: "Existirá

franquicia, cuando con a licencia de uso de una marca se transmiten conocimientos técnico 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 está designe...”, sin que estos signifiquen que por encontrarse nominado en una ley, esté regulado.

Por consiguiente, al no existir en nuestro país un ordenamiento jurídico que reglamente la relación entre el franquiciante y el franquiciatario, como se menciona en el punto anterior, y dado que la Ley de la Propiedad Industrial únicamente conceptúa el contrato de franquicia, se ha creado una gran laguna en nuestro derecho. Es a todas luces conveniente que se expida una regulación en tal sentido y dicho sea de paso esa fue la inquietud que me motivó a llevar a cabo la presente investigación, ya que considero que la franquicia merece un trato específico dentro de nuestras leyes, de tal suerte que los derechos y obligaciones que competen a las partes que en él intervienen deberán estar claramente definido en la ley propuesta.

El contrato de franquicia es de carácter mercantil, 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 entonces, es lógico 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.

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.

De tal suerte, que podemos deducir que la importancia del contrato de franquicia es que a través de éste se promueven fuentes de trabajo y la inversión de capital nacional a negocios exitosos e incluso la inversión extranjera, por consecuencia al fomentar la creación de personas morales, estas se encuentran con las obligaciones fiscales determinadas en el Código Fiscal, es decir se encuentran obligadas a cumplir con estas obligaciones entre las que se encuentra el pago de contribuciones, esto incide directamente en la recaudación fiscal y de esta forma el Estado se allega de recursos, hoy en día tan discutidos sin la necesidad de afectar los intereses sociales al gravar la tasa 0%, además de que esta recaudación a su vez favorece a los diversos sectores de obras y servicios públicos los cuales benefician al sector social menos favorecido.

Al encontrar que únicamente un solo artículo de la ley de la materia reglamenta esta figura tan compleja, es conveniente que los legisladores se alleguen de la experiencia de diversos abogados que conocen este tipo de contratos e incluso buscar la asesoría de la Asociación Mexicana de Franquicias, y plasmar esos conocimientos teóricos y empíricos en una legislación que regule de manera adecuada a este contrato, sobre todo para proteger de una manera más eficaz la denominada imagen comercial (trade dress) que favorece a la protección de los consumidores.

Finalmente, además de lo mencionado en este apartado, la franquicia resulta ser una forma de distribución que coadyuva a la integración del mercado común, al facilitar a empresas relativamente pequeñas la posibilidad de crear redes de distribución interestatales, dicho en un menor número de palabras, la única forma real de que una persona pueda competir hoy en día con las grandes cadenas del mercado es a través de las franquicias, es decir, y en palabras de nuestro Presidente Constitucional, el Lic. Vicente Fox Quezada, la franquicia ofrece una relativa seguridad de alcanzar éxito en esta empresa.

## **BIBLIOGRAFÍA**

## **LEGISLACIÓN CONSULTADA**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Porrúa, 145ª Edición, 2000, 145 pags.

Código Civil, México, Editorial Sista, 2000, 305 pags.

Código de Comercio, México, Editorial Porrúa, 67ª Edición, 889 pags.

Ley de la Propiedad Industrial, México, Editorial Porrúa , 24ª Edición, 100 pags.

Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, México, Editorial Porrúa, 24ª Edición, 80 pags.

## **DOCTRINA**

ARCE GARGOLLO, Javier. El Contrato de Franquicia, México, Editorial Themis, 1998, 100 pags.

BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, 1989, 265 pags.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, Tercera Edición, México, Editorial Harla, 1994, 621 pags.

BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, Séptima Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1987, 652 pags.

DÍAZ BRAVO, Arturo. Contratos mercantiles, Quinta edición, México, Editorial Harla, 1995, 435 pags.

GIRAL, José. Primer curso latinoamericano sobre programación de tecnología sectorial para el desarrollo, México, Editorial Grupo Expansión, 1980, 125 pags.

GOLDSHEIR, Robert. Technology Managment Handbook, New York, Editorial Clark Boardman Co. Ltd., 1982, 354 pags. GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique. "La experiencia de las franquicias", México, Editorial Mc Graw Hill, 1994, 176 pags.

GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo. Franquicia: La revolución de los 90's, México, Editorial Mc Graw Hill, 1994, 144 pags.

GONZÁLEZ MUÑOZ, Alejandro. El contrato de franquicia como unión de contratos, México, Tesis 1999, 138 pags.

JALIFE DAHER, Mauricio. Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial, México, Editorial Mc Graw Hill, 2000, 580 pags.

JALIFE DAHER, Mauricio. Propiedad Intelectual, México, Editorial SISTA, 1994, 205 pags.

PUENTE MUÑOZ, Teresa. El contrato de concesión mercantil, Madrid, Editorial Montecervo, 1976, 568 pags.

MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, 1992, 277 pags.

MATUSKY, Gregory y RAAB, S. Steren. "Franquicias, como multiplicar su negocio", México, Editorial Limusa, 1995, 315 pags.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los contratos civiles, Novena Edición, México, Editorial Porrúa, 1988, 210 pags.

TORRES DE LA ROSA, Alejandra. El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano, México, Editorial Porrúa, 2000, 114 pags.

VARIOS AUTORES. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Décima edición, México, Editorial Porrúa, 1997, 810 pags.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles, Octava Edición, México, Editorial Porrúa, 1998, 601 pags.

## **OTRAS FUENTES**

OCHOA MILLÁN, Guillermo, "Franquicias: negocios a tu alcance", Universitario Ejecutivo, México, Volumen 1, Año 1, Número de la Revista 1, Noviembre – Diciembre 2000, pags. 10 a 17.

MEJÍA, Guillermo, ORTEGA, Dolores y CEPEDA, Francisco. "Critican decisión de McDonad's", Diario Reforma, México, Jueves 31 de agosto de 2000, pags. 1A y 7A.

VEYTIA, Hernany. "Franquicia Maestra", Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, México, Número de la revista 6, Abril 1999, pags. 73 a 85.

Franquicia, [www.el-mundo.es](http://www.el-mundo.es), 23 de septiembre de 2000.

Franquicia, [www.procompetencia.gob.ve/lineamientos franquicias.html](http://www.procompetencia.gob.ve/lineamientos_franquicias.html), 27 de diciembre de 2000

Franquicia, [www.grupomaj.com](http://www.grupomaj.com), 10 de enero de 2001.

Franquicia, [www.siecan.org](http://www.siecan.org), 24 de enero de 2001.

Franquicia, [www.peruonline.net/ECONOMIA](http://www.peruonline.net/ECONOMIA), 24 de enero de 2001.

Franquicia, [www.asesor.com](http://www.asesor.com), 24 de enero de 2001.

Franquicia, [www.derecho.org](http://www.derecho.org), 1 de febrero de 2001.

Franquicia, [www.guiaborzaco.com.ar](http://www.guiaborzaco.com.ar), 1 de febrero de 2001.

Franquicia, [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), 10 de febrero de 2001.

Franquicia, [www.ciberconta.unizar.es](http://www.ciberconta.unizar.es), 10 de febrero de 2001.

**ANEXO**

En opinión de Harry Fisch, exfranquiciante y actual director general de la consultoría H. Fisch&Asociados, "siguen apareciendo nuevas franquicias sin estructura empresarial ni capitalización suficiente y su peligro de desaparición a corto plazo es grande porque muchas de ellas no disponen de un plan previo de establecimiento ni mucho menos de un estudio de recursos necesarios".

Otro de los problemas que aún arrastra un sector al que le faltan unos años para conseguir su plena madurez es, según Fisch, la falta de transparencia de alguno de los franquiciantes. "No se ha puesto en marcha un método que permita a un franquiciante acceder fácilmente a la información contrastada sobre el franquiciante" (lo cual corrobora la propuesta de crear un registro de carácter público). Además, el director general de esta consultoría cree en la necesidad de que instituciones del mundo de la franquicia, como la Asociación Española de Franquiciadores, se consoliden "para proyectar seriedad en el sector".

El mismo Fisch, establece la falta de seriedad que en ocasiones adopta el franquiciante, ya que dice: "En el sistema de franquicia, el franquiciatario espera de su contraparte, el franquiciante, no sólo unos productos o servicios, sino también un apoyo constante. Esta idea se desarrolla desde el principio a través de la formación y el contacto frecuente. Según el estudio de Iese-Aecoc, (agencia de estadística europea), los franquiciatarios de agencias de viajes y tintorerías son los que mejor valoran el apoyo inicial. "La falta de un seguimiento regular puede transmitir la sensación de que los franquiciantes sólo están interesados en sus propios resultados".

Otro testimonio es el de José Cadahia, quien apostó fuerte en el año de 1996 por la franquicia y hoy es un acérrimo defensor de este sistema. A sus 30 años ya está a punto de poseer, junto con su socio de 36, cinco tintorerías de la cadena 5 á Sec. En una entrevista hecha por una revista española, dice "Hace unos años organizábamos conciertos y eventos musicales y decidimos montar una franquicia. Pensé que tenía que ser un sector con mucho

futuro. En España, el número de tintorerías era muy inferior al resto de países occidentales y la tendencia es que la gente cada vez trabaja más y tiene menos tiempo libre”.

Antes de dar ningún paso, José se entrevistó con los responsables de todas las enseñanzas del sector de tintorerías rápidas que en ese momento operaban en España. “En mi decisión influyó el hecho de que esta marca tenía muchas tiendas piloto y una investigación continua”.

Así, abrieron la primera tienda en octubre de 1996, la segunda en abril de 1997, y la tercera en octubre de ese mismo año, todas ellas en la capital valenciana. “Ahora estoy negociando otra en Valencia para abrir después del verano y tenemos firmada la apertura de otra en un centro comercial de Alicante para noviembre”.

Pero sus proyectos no terminan ahí. De cumplir sus previsiones quizás pueda llegar a batir un record, ya que como él lo dijo “Tenemos la intención de abrir entre dos y tres tiendas por año en la zona de Levante, sin fijamos ningún techo, hasta que las posibilidades del mercado nos lo permitan”. Sin embargo, en voz de este joven empresario, este sistema tiene reverses, aunque no haya sido su caso, es “la asimetría informativa que existe entre franquiciante y franquiciatario éste último a veces juega con desventaja”. En su opinión, el contrato debe ser equitativo, “que no beneficie demasiado a una parte en detrimento de la otra”.

Lo cual viene a reafirmar lo expuesto a lo largo de este trabajo, a continuación se muestra la otra cara de la moneda y como se valen de la falta de regulación de este instrumento para aprovecharse de las personas que desconocen este sistema.

Y para muestra, basta narrar uno de los casos relacionados con conflictos de indole judicial suscitado en España, en el que el juzgado número 4 de Alcobendas admitió en mayo del año próximo pasado una querrela interpuesta por un grupo de exfranquiciatarios de la agencia de viajes Alpinatour contra las propietarias y el director financiero por estafa y apropiación indebida. Según narra el abogado de la parte acusadora, el Licenciado Juan José Izarra del Corral, “Por un lado, vendían franquicias con un rótulo y una marca de la cual no poseían licencia y, por otro, cobraban una serie de cánones de forma indebida”.

Izarra asegura que estos emprendedores se les cobró de entrada de entre 2 y 2.5 millones de pesetas por un contrato de cinco años. Y antes de dos años la Comunidad de Madrid retiró la marca de Alpinatour y los establecimientos franquiciados tenían que cerrar o cambiar de nombre. Asimismo, las dueñas no habían pagado un canon mensual de 25,000.00 pesetas para acciones de marketing que nunca existieron, además de la inversión que tuvieron que realizar en las obras de acondicionamiento del local, la compra del programa informático el canon de administración y un 1.5% de la facturación bruta. Ahora, manifiesta el abogado de la parte acusadora, solo resta esperar la decisión que tome el Juez.

En España, un negocio que ha empezado a ser franquiciado es el de las farmacias, a continuación, se plantea el caso de Marta Gracia, quien nos cuenta que su ingenuidad en el momento de montar una parafarmacia en régimen de franquicia en Zaragoza, le acarrió algunos problemas. "Cuando empezamos, en 1995, las cosas no estaban muy claras en este sector. Ahora si volviera a tener la oportunidad de montar un negocio a través del sistema de franquicia, exigiría mucho más y todo escrito sobre papel."

Al lado de otros socios, Marta instaló la primera parafarmacia de la capital maña de la mano de Farmashopping. La inversión que realizaron fue de unos diez millones de pesetas, incluidos los derechos de la franquicia. De esta cantidad, sólo perdieron alrededor de cuatro millones, puesto que han seguido trabajando en el mismo local y con los mismos proveedores, también conservando el nombre de la marca.

Marta Gracia cuenta que hasta los tres o cuatro meses después de abrir "no pasó nadie por la tienda para asesorarnos y cuando vimos que no se cumplían las promesas que nos hicieron con el estudio de mercado, intentamos hablar con los responsables". Enseguida observaron que muchas cosas fallaban: proveedores, asesoramiento, publicidad... y se pusieron en contacto con otros franquiciatarios que corroboraron las sospechas de Marta y sus socios.

"Nunca más volvimos a saber nada de ellos y nadie nos ha reclamado nada por seguir utilizando la marca."

Carmen Mencal, inició también su negocio a través de una franquicia, solo que esta vez se trataba de tortas de pan rellenas a domicilio en Madrid, y así cumplía su ideal de formar su empresa a través de la franquicia "un sistema que permite hacer frente a los costes en mejores condiciones", señala. Tres meses después dejaban de facturar a su franquiciante.

"El contrato fue parcial, a favor de él. La cuota no nos daba derecho a ningún servicio. Los productos que adquiríamos los teníamos que ir a buscar a su local y tenía una carga de entre el 25% al 30%, de tal manera que si el kilo de jamón, por ejemplo, actualmente lo estamos adquiriendo a 950 pesetas, este señor nos lo cobraba a 1,300. Entiendo que a precio de mercado normal, él ya se llevaría su parte en descuento de sus proveedores, no se puede pretender ganar dinero de la cuota de los productos o de la publicidad", explica Carmen.

En el momento de la ruptura, las inversiones se habían completado. A las 500,000 pesetas del canon de entrada se sumaban otras 130,000 de cuotas mensuales, el alquiler de tres meses por la cantidad de 110,00 y los nueve millones de pesetas que Carmen y sus tres socios habían destinado al local, repartidos en gastos de obra 5,500,00 pesetas, arquitecto 800,000, pesetas, mobiliario interno y motos 1,500,000 más personal contratado por unas 1,550,000 pesetas.

Carmen Mencal enumera los factores que determinaron su mala experiencia: "La falta de servicios del franquiciante, productos en mal estado al no contar con almacén, abusos en el precio de la materia prima, en los costes de publicidad, todos ellos aspectos específicos de manera genérica en el contrato, nos condujeron a la decisión que tomamos", explica Carmen, quien recuerda el carácter inflexible de su franquiciante ante cualquier propuesta o sugerencia de mejora del negocio. "Era una asociación para ganar dinero él, aunque era tanta la confianza que teníamos en el franquiciante que al principio no nos paramos a mirar todas las condiciones del contrato."

Con las inversiones realizadas, no había vuelta atrás. Desde marzo del año pasado, Carmen mantiene el mismo producto, la torta de pan rellena, pero ha cambiado la marca de la empresa, ahora Torta Express, y rota la relación con su anterior franquiciante. Esto significó un cambio de rotulación y de imagen. "Nosotros no despreciamos la franquicia, porque vemos que nuestro propio negocio incluso se puede franquiciar, pero no en lo que consideramos condiciones abusivas de nuestro ex franquiciante."

Con la experiencia adquirida, Carmen basa su nueva empresa, Torta Express, en tres ideas fundamentales: rellenos de productos naturales, de primera calidad y buen servicio al cliente. "Ofrecemos un producto nuevo y tenemos que ganar la confianza de los clientes, no sólo a través del producto sino también por el servicio que ofrecemos", puntualiza Carmen, Torta Express, emplea actualmente alrededor de unas dieciocho personas.

Finalmente, bastaría con echar una mirada a Europa, y prestar atención al Código Deontológico, el cual es el primer gran paso que da ese continente para regular este tipo de negociaciones.

El mencionado Código, es el que aplica en los países europeos y establece el modus operandi de la franquicia, e incluso el incumplimiento de ese marco legal no lleva aparejada sanción penal alguna, de tal manera que se trata eminentemente de un código de buena conducta, desde luego que, este ordenamiento contiene penas convencionales que aplican en caso de incumplimiento, en dicho ordenamiento destacan los siguientes puntos:

- Conceder a los franquiciatarios una libertad de aprovisionamiento de al menos un 20% en productos externos a la franquicia siempre que cumpla con sus normas.
- Permitir las compras y ventas entre franquiciados de la misma red.
- Conceder al franquiciatario una exclusividad territorial de la marca y de los productos.
- La no injerencia en la gestión del franquiciado.
- Debe tener los derechos de propiedad intelectual debidamente registrado.

- Poseer un know-how, sustancial, experimentado, demostrable, transmisible y de éxito probado. Este cúmulo de experiencia conlleva que el franquiciante debe disponer de centros pilotos, métodos de trabajo (manuales operativos), resultados demostrables, así como una de una serie de servicios tendentes a la eficiente transmisión de este saber hacer.
- Asistencia comercial y técnica, el franquiciante, durante la vigencia del contrato.