



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

"ANÁLISIS JURÍDICO Y PERSPECTIVA
DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
CESAR AMED ALVAREZ RESENDIZ



ASESOR DE TESIS: LIC. GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS



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.



D E D I C A T O R I A S

A LA VIRGEN DE GUADALUPE Y A DÍOS:

Que me ha dado salud y vida para la culminación de este trabajo y así alcanzar una de mis metas mas grandes en mi vida.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO:

Mi Alma Mater

A LA FACULTAD DE DERECHO Y A SUS MAESTROS:

Por haberme alojado en sus aulas, y proporcionarme de conocimientos necesarios para mi formación profesional.

A MIS PADRES:

QUINTÍN RAMÍREZ LÓPEZ

LORENA RESENDIZ CERVANTES

ANÁLISIS JURÍDICO Y PERSPECTIVA DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	IV
-------------------	----

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES.

A. PRECEDENTES DE LA FRANQUICIA.....	1
B. DEFINICIÓN DE FRANQUICIA.....	7
C. TIPOS DE FRANQUICIA.....	11
D. DIFERENCIAS DE LA FRANQUICIA.....	14
E. ELEMENTOS.....	16
1. PERSONALES.....	16
2. REALES.....	22
3. FORMALES.....	39

CAPITULO SEGUNDO

CLASIFICACIÓN GENERAL.

A. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE.....	42
---	----

B. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO.....	48
C. BENEFICIOS Y PERJUICIOS DE LA FRANQUICIA.....	51
1. BENEFICIOS.....	52
2. PERJUICIOS.....	57
D. CESIÓN DE LA FRANQUICIA.....	59
E. LA TERMINACIÓN DE LA FRANQUICIA.....	61

CAPITULO TERCERO

MARCO JURÍDICO DE LA FRANQUICIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

A. CONCEPTO DE FRANQUICIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.....	65
B. LA FRANQUICIA EN EL DERECHO MEXICANO.....	72
C. LA FRANQUICIA Y SU NATURALEZA JURÍDICA.....	87
D. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	91
1. CLASES DE CONTRATO.....	93
E. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	100

CAPITULO CUARTO

PERSPECTIVA DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO.....	104
A. ANÁLISIS PREVIO QUE SE DEBE OBSERVAR A LA COMPRA DE UNA FRANQUICIA.....	106
B. EL FINANCIAMIENTO, OPCIÓN PARA LA COMPRA DE LA FRANQUICIA.....	117
C. EL SISTEMA DE FRANQUICIAS COMO ESTRATEGIA DE EXPANSIÓN.....	122
D. PROCESO ESTRATÉGICO PARA DOMINAR EL MERCADO POR MEDIO DE FRANQUICIAS.....	125
E. LA PARTICIPACIÓN DE LAS FRANQUICIAS COMO UNA OPCIÓN VIABLE PARA LA CREACIÓN DE NUEVOS EMPLEOS.....	128
1. LA FRANQUICIA CONTRA EL DESEMPLEO.....	130
CONCLUSIONES.....	133
BIBLIOGRAFÍA.....	141

INTRODUCCIÓN

Genéricamente y en atención al Derecho Comparado, la franquicia podría definirse como un tipo de participación empresarial, entre personas jurídicas y financieramente independientes, basadas en un contrato que regula su relación mutua y conlleva a la formación de una red de distribución y comercialización.

La falta de regulación específica dentro del Código de Comercio de este contrato mercantil, impacta en el control de acciones de comercio, toda vez que la ausencia normativa se presta a abusos de ambas partes.

En este orden de ideas y a fin de que se respete el marco de legalidad consagrado en nuestro artículo 16 constitucional es menester legislar en esta área del campo del derecho mercantil, para que impere el Estado de Derecho en esta actividad mercantil de gran importancia en el área económica nacional.

Aunado a lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo principal, hacer el análisis jurídico y dar una perspectiva del fenómeno de las franquicias en nuestro país; conocer a fondo la franquicia, como forma de comercialización de bienes y servicios tan utilizado en México, así como una alternativa viable a la inversión para la micro, pequeña y mediana empresa. Para tal fin, este trabajo esta asociado en cuatro capítulos, que comprenden lo siguiente.

En el capítulo primero realizo una semblanza de los precedentes de la franquicia en nuestro país, su concepto, los tipos de franquicia, las diferencias que existen así como los elementos que la conforman, a manera de introducir al lector en lo que es propiamente la franquicia y su origen.

En el segundo capítulo, se estudian las obligaciones que existen entre el franquiciante y el franquiciatario, respectivamente y de forma individual así como de las cláusulas mas usuales en cuanto a las obligaciones fundamentales que dichas partes

se tienen recíprocamente, con el fin de obtener los mejores beneficios y los menores detrimentos en una franquicia, especialmente el franquiciatario, para la terminación del contrato, ya que dichas obligaciones sobreviven a la terminación.

Posteriormente se reflexiona con relación a la cesión de la franquicia, cuando esta posibilidad es incluida en el contrato, será con características muy particulares pues como veremos a lo largo de este trabajo, el contrato de franquicia se celebra con base en las consideraciones personales que se tienen los sujetos.

En el capítulo tercero hago un razonamiento del marco jurídico de la franquicia en nuestra legislación. Por marco jurídico debemos entender una regulación deficiente y diversa; la legislación más importante aplicable al contrato de franquicia, su concepto y naturaleza jurídica de dicho contrato, utilizando los elementos de existencia y de validez de los contratos, siguiendo a nuestro Código Civil Federal y de Comercio, además de su clasificación, las clases y características de dicha figura, así como cada uno de los tipos de contratos que existen y se celebran alrededor de la franquicia.

En el capítulo cuarto, examino a la franquicia como opción viable de inversión en la economía nacional, señalando el panorama y perspectiva económica, la situación prevaleciente de la micro, pequeña y mediana empresa frente a la franquicia; el financiamiento y la importancia de este como apoyo para la creación de aquellas. Todo ello para demostrar que la planta productiva del país, es decir las micro, pequeñas y medianas empresas, pueden adoptar este probado sistema comercial, como opción viable de inversión de sus capitales, que les permita adquirir un alto nivel competitivo, que redunde en mayores ganancias, en un panorama económico cada vez mas abierto y competitivo.

Y por último las conclusiones, que he preparado después de haber analizado la figura jurídica de la franquicia en México, la cual es ampliamente utilizada con gran éxito en la actualidad en nuestro país.

CAPITULO PRIMERO

I. NOCIONES GENERALES

A. PRECEDENTES DE LA FRANQUICIA.

No se puede precisar a ciencia cierta cuando surge la figura de la franquicia como tal, pero a lo largo de la historia existen actos similares a esta figura, los primeros antecedentes de la franquicia datan de la época medieval en la que la Iglesia Católica otorgaba franquicias a oficiales que fungían como recolectores de impuestos, los cuales se quedaban con un porcentaje de los mismos y entregaban el resto al Papa. De igual forma en el siglo XVIII los nobles ingleses otorgaban franquicias similares a cambio de pagos o responsabilidades específicas.¹

La franquicia se origina a partir de la idea de que un determinado producto o servicio, según sea el caso, reconocido por el público consumidor, que se pudiera encontrar en diversos puntos de una ciudad e incluso dentro de un mismo país.

Lo que se buscaba era una relación comercial nueva, dotada de técnica, pero que se lograra con características y elementos propios, aún cuando sus fines fueran similares a otras técnicas de comercio, para que permitiera la expansión al menor costo posible.

Los primeros antecedentes de esta relación comercial suelen situarse en los años de 1850 y 1860 en los Estados Unidos de América, aparece I.M. Singer & Company quien creó el primer embrión de este contrato de franquicia como medio para distribuir y vender sus máquinas de coser².

1 Cfr. González Calvillo, Enrique y Rodrigo. Franquicias, La Revolución de los 90, Editorial McGraw Hill, México, 1994, p. 32.

2 Cfr. Arce Gargollo, Javier. El Contrato de franquicia, Cuarta Edición, Editorial Themis, México, 2001, p. 3.

El siguiente caso es el de Howard Johnson que creó en los años treinta, una cadena de veinticinco moteles.

Otra precursora importante de las franquicias fue Coca Cola, en 1886, primero creció lentamente gracias a su sistema de fuente de sodas; más tarde en 1899, dos inversionistas en Chattanooga persuadieron al presidente de la compañía de que les otorgara los derechos para vender Coca Cola en botellas en casi todo el país, con el limitante de que estos nuevos productos no interferirían con su negocio de las fuentes de soda. 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, conforme creció la demanda del producto, los dos empresarios franquiciaron 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 subfranquiciarios. En 1919, ya existían 1000 embotelladores que participaban en este creciente negocio.³

En 1930 las compañías petroleras y de auto partes también optaron por un sistema primitivo de franquicias con lo que lograron incrementar la distribución de sus productos, sin capital ni riesgo propios, explotando así el interés generalizado del pueblo norteamericano por emprender un negocio propio en una industria tan popular en ese momento como la automotriz.

La aprobación en Estados Unidos de América del Lanham Acta en 1946 fincó las bases para el desarrollo de las franquicias al codificar el derecho del dueño en una marca para establecer y exigir estándares de calidad a sus licenciatarios.⁴

3 Cfr. González C., Enrique y R., Op. cit., p. 32.

4 Cfr. *Ibidem*, p. 37.

Sin embargo, el verdadero desarrollo de este método de negocios se produce en los años de 1950 y 1960, cuando aparecen los gigantes o grandes empresas que expanden su área de negocio por medio de este moderno sistema.

Los primeros casos de franquicia en México se conocieron en los inicios de 1980, también en virtud de que fue precisamente en 1982 cuando se promulgó la Ley de Transferencia de Tecnología, hoy abrogada.

Sin temor a equivocarme se puede decir que de una o de otra forma MacDonald's le abrió paso a otras franquicias extranjeras al mercado mexicano. La primera unidad fue abierta por Saúl Kahan en noviembre de 1985, ante la apertura de dichos restaurantes, MacDonald's obtuvo la aprobación y registro de sus contratos ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, así fue como ingresó McDonald's y otras importantes franquicias norteamericanas entre las que figuran Howard Johnson, TGI Friday's y Fuddrucker's, con el establecimiento de estas franquicias se marco a finales de 1987 el inicio de lo que en años posteriores sería la explosión de las franquicias extranjeras en México.⁵

La importancia y el éxito de McDonald's radica primordialmente en que sus franquiciatarios llevarían a cabo reproducción exacta del negocio. La consistencia, la uniformidad y la calidad eran indispensables. Dicha reproducción se llevaría a cabo tanto en la imagen como en el servicio y el estricto control de calidad. No habría aspecto que no fuera idéntico de un McDonald's a otro, y esto incluye la imagen del establecimiento.

Las normas básicas del negocio tenían que ser estrictamente cumplidas por los franquiciatarios. No había lugar para modificación alguna en ningún aspecto, ni siquiera en la forma de llevar a cabo la limpieza del local. El sistema esta basado en la sistematización y la especialidad de los trabajos desempeñados por los empleados, en

⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 59-60.

donde a cada uno se le asigna una tarea única, incluso la forma de vestir de los empleados era idéntica.

“En 1988 y los dos años posteriores se crean las primeras franquicias mexicanas, videocentro, trionica y dormimundo franquicias desarrolladas por Grupo Mexicano de Franquicias, S.A., compañía creada bajo los auspicios de televisa. También se llevo a cabo por parte de vip´s, helados holanda y bing, convirtiéndose estos últimos en una de las empresas más dinámicas en el ramo de los Helados”.⁶

La Asociación Mexicana de Franquicias, A. C. quedó constituida formalmente en el mes de febrero de 1988, se acordó que la Asociación tendría como propósitos fundamentales la difusión y promoción de las franquicias en nuestro país y el mejoramiento de las condiciones legales para así propiciar un crecimiento sostenido de las franquicias en México.⁷

En México aparece la franquicia como un sistema comercial revolucionario por el que una persona concedía a otra el uso de una marca o nombre comercial asistido por tecnología y conocimientos para que ésta estableciera su propio negocio a cambio del pago de ciertas regalías. Al momento en el que aparece la franquicia en México, ninguna ley preveía su existencia o regulación por lo que en lugar de ser un solo contrato el que envolviera todos los elementos del contrato de franquicia, las partes tenían que celebrar dos contratos los cuales eran:

1. Contrato de licencia de uso de marca o nombre comercial.
2. “Contrato de asistencia técnica y/o transferencia de tecnología.”⁸

Estos contratos eran los que se celebraban hasta antes de publicarse el Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología. Los dos contratos que he citado

6 *Ibidem.* p.61.

7 Cfr. *Ibidem.* pp. 63-65.

8 Gallástegui Armella, Juan Manuel y Joaquín.

Carpeta para el Diplomado en Desarrollo y Administración de Franquicias,

México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Estado de México, 1993.

una vez celebrados por las partes, debían ser inscritos en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología con el objeto de que pudieran tener efectos en contra de terceros.⁹

Es en el mes de enero de 1990 cuando la legislación mexicana menciona, por primera vez, a la franquicia. Esta mención se hace en el Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, hoy abrogado el cual definió a la franquicia como:

"El acuerdo en el que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmita conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica, con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor".¹⁰

Después del reglamento que acabamos de citar apareció la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial la cual fue publicada en el Diario Oficial el 27 de junio de 1991, dicha ley aboga la Ley de Invenciones y Marcas, la Ley sobre Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su reglamento.

El objetivo de esta nueva ley era enmarcar las disposiciones contenidas en ambas leyes abrogadas, modernizando así las disposiciones y agilizando los trámites correspondientes ante las dependencias involucradas, esta nueva ley dedicó un artículo a regular la franquicia, su reglamento de esta ley nunca fue publicado.

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial mencionó a la franquicia en su artículo 142 el cual a la letra establecía que:

9 Cfr. Idem

10 Idem

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

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

El 2 de agosto de 1994 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial". Entre las diversas reformas adoptadas se resolvió modificar el nombre de la ley para que quedara simplemente como Ley de la Propiedad Industrial. A través de ella se creó el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), el cual se encarga de todo aquello relacionado con los derechos derivados de la propiedad y uso de marcas, patentes, nombres comerciales, etcétera. Sorpresivamente y, a sabiendas de que la legislación en materia de franquicias es mínima, estas reformas no modificaron en forma alguna el artículo 142 que transcribimos anteriormente y tampoco lo adicionaron, simplemente lo dejaron igual, por lo que la Ley de la Propiedad Industrial continúa siendo la única ley que menciona y regula a la franquicia como tal.

Poco tiempo después, se publicó igualmente en el Diario Oficial de la Federación, el 23 de noviembre de 1994, el Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial. Este ordenamiento únicamente hace mención de la franquicia en su artículo 65, el cual tiene como objetivo el regular el contenido de la información que debe proporcionar el franquiciante al franquiciatario antes de la celebración del contrato de franquicia correspondiente.

"Artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial:

Para los efectos del artículo 142 de la Ley, el titular de la franquicia deberá proporcionar a los interesados previa celebración del convenio respectivo, por lo menos, la siguiente información técnica, económica y financiera:

I.- Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;

II.- Descripción de la franquicia;

III.- Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia;

IV.- Derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia;

V.- Montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante;

VI.- Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario;

VII.- Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia;

VIII.- Derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo;

IX.- Obligaciones del franquiciatario respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y

X.- En general las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia".

De esta forma se establece que aunque nuestra legislación ya contempla a la franquicia como una figura específica, dicha regulación es insuficiente y, en ese sentido queda mucho por hacer, incluir y regular.

B. DEFINICIÓN DE FRANQUICIA.

“La franquicia es un método para distribuir bienes y servicios a los consumidores a través de la homogénea aplicación de un sistema que incluye un nombre comercial o marca y una compleja gama de conocimientos de índole administrativa, operativa y mercado lógica.”¹¹

¹¹ González C., Enrique R., Op. cit., p.87.

Para la doctrina española, la franquicia es:

"Un método de colaboración entre un empresario franquiciador y otros empresarios, que se denominan franquiciados, los cuales son independientes del primero, tanto en el plano económico como en el jurídico.

La colaboración persigue un desarrollo acelerado de todas las empresas, apoyándose en una conjunción de personas y de capitales, que conservan su autonomía".¹²

En la doctrina Francesa, Guyenot, define al franchising como:

"La concesión de una marca de productos o servicios, a la que se añade la concesión del conjunto de medios propios para permitir a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y administrar la empresa en las mejores condiciones de rentabilidad para el mismo y para el concesionario." ¹³

El término franquicia con que se denomina al contrato proviene de una traducción literal, quizá incorrecta, del vocablo inglés Franchise, recogida de una palabra de origen francés (Franchisage).

En el diccionario Jurídico Inglés - Español, Franchise se traduce como:

"Franquicia, privilegio, patente, concesión social, derecho de votar, franquicia del voto, porcentaje mínimo de responsabilidad del asegurado; y, en materia aduanera o fiscal, impuesto de privilegio o patente sobre concesión, derecho de licencia". ¹⁴

¹² Bescos Torres, Modesto, Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1990, p.135.

¹³ Guyenot, Jean: "Que es el franchising", p. 19, citado por Arce G., Javier, Op. Cit., p. 33.

¹⁴ Roob, Louis: "Diccionario...", voz: franchise, citado por Arce G., Javier, Op. Cit., p. 31.

En los Estados Unidos de América, una de las definiciones más aceptadas es la que el diccionario Black's Law Dictionary da a la Franchise:

"Franchise. Un privilegio otorgado o vendido, como el que se da para utilizar un nombre o para vender productos o servicios. El derecho que concede un manufacturero o un proveedor a un minorista para utilizar sus productos y su nombre en los términos y condiciones que mutuamente acuerden.

En un sentido más llano, una franquicia es una licencia del propietario de una marca o un nombre comercial, mediante la cual permite que otro venda un producto o servicio bajo ese nombre o marca. En un sentido más amplio, la franquicia se ha convertido en un contrato elaborado al amparo del cual la persona a favor de quien se otorga (franchisee) se compromete a manejar un negocio o vender un producto o servicio con apego a los métodos y procedimientos que establezca el otorgante (franchisor), y el otorgante se compromete a dar asistencia a la persona a favor de quien se otorga la franquicia a través de publicidad, promoción y otros servicios de asesoría."¹⁵

En el Diccionario de la Lengua Española la define como:

"...Exención que se concede a alguien para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público. II 2. Concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada. II 3. Der. En el contrato de seguro, cuantía mínima del daño a partir de la cual surge la obligación del asegurador."¹⁶

En el idioma Español la palabra franquicia tiene una interpretación propia que no se ajusta a lo que pretende incluir el contrato que se conoce con ese nombre. En el Derecho Mexicano el Diccionario Jurídico la define como:

¹⁵ *Black's Law Dictionary*, St. Paul Minnesota, U.S.A., (La Traducción es de Francisco Arce Gurza). Editorial Staff, by West Publishing Co., 1990, p. 658. Sixth Edition by The Publisher's.
¹⁶ *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2001, p. 1086.

*"Exención del pago de derecho aduanero o al utilizar algún servicio público. Así se habla de franquicia aduanera, postal, telefónica, telegráfica, diplomática, etc."*¹⁷

Para los negocios la franquicia es:

*"Un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquiciatario) se le concede el Derecho a comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo a ciertas condiciones y practicas establecidas del franquiciante y con su asistencia."*¹⁸

En términos comerciales, podemos definir a la franquicia como:

*"... un sistema de comercialización, un método para distribuir bienes y servicios de los consumidores que concierne a dos niveles de personas: el franquiciador, quien desarrolla el sistema y le presta su nombre o su marca registrada, y el franquiciatario, que adquiere el derecho de operar el negocio bajo el nombre o la marca registrada del franquiciador."*¹⁹

La legislación mexicana, contempla a la franquicia en su artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de junio de 1991. En donde no la define propiamente, sino que más bien señala los elementos que este contrato debe de contener. Dicho ordenamiento jurídico señala:

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

17 Cabanellas de Torres, Guillermo.

Diccionario Jurídico Elemental,

Edición Actualizada.

Editorial Heliasta, México, 2000, p. 173.

18 David J. Kaufmann: "Franchising: Bussines Strategies and Legal compliance";

citado por J. Arce Gargollo: Op. Cit., p. 3.

19 Raab Steven S. y Gregory, Matusky.

Franquicias, como Multiplicar su Negocio,

Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1992, p. 35.

*calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.*²⁰

Aún cuando las anteriores definiciones parecen cumplir con lo esencial, por alguna u otra razón no cumplen con el objetivo de este trabajo, por lo que, la definición de franquicia que utilizare es la siguiente:

Es un sistema de comercialización de bienes y servicios por el cual una persona física o moral (franquiciante) concede a otra (franquiciatario) por un tiempo determinado, a cambio de una contraprestación el derecho de usar su marca o su nombre comercial, recibiendo la asistencia técnica requerida, a efecto de comercializar determinados bienes o servicios con métodos comerciales y administrativos iguales.

C. TIPOS DE FRANQUICIA.

Hay dos tipos o subcategorías del sistema de franquicias, cada una de ellas tienen sus propias características y áreas de negocios donde se desarrollan.

A) Franquicia de producto y marca, también llamada franquicia de distribución.

B) Franquicia para crear y explotar una negociación, (con formato de negocios), esta franquicia se conoce también como industrial o de producción.

Algunas características principales de estos dos tipos de franquicias y su importancia y desarrollo en la economía son las siguientes:

La primera es una forma muy antigua. Se utilizó por primera vez alrededor del año 1800, y actualmente se continúa utilizando en las industrias automotriz y refresquera, principalmente. La característica primordial de este sistema es que el nombre del

²⁰ Lev de la Propiedad Industrial
Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2002. Art. 142.

negocio y del producto es el mismo.²¹ Abarca una relación de ventas entre un proveedor y un distribuidor en la que el distribuidor (comerciante) adquiere cierta identidad de su proveedor; ejemplos de este tipo de franquicia son los distribuidores de automóviles y camiones, estaciones de gasolina y embotelladoras de refresco. La franquicia de producto o marca tiene la porción más grande de las ventas por franquicia. Actualmente la importancia de esta clase de franquicia está disminuyendo.

La segunda clase (franquicia para crear y explotar una negociación), ha alcanzado, literalmente a millones de ciudadanos. Algunas franquicias de formación y explotación de negociación requieren inversiones tan pequeñas como miles de dólares.

La relación entre franquiciante y franquiciatario generalmente incluye un producto o un servicio, una marca, un sistema de comercialización, manuales de operación, de procedimientos, programas de entrenamiento, apoyo de publicidad, asistencia y guía del franquiciante durante la operación y desarrollo del negocio. Algunas franquicias de esta clase, con las que el público está más familiarizado, incluyen comida rápida, hamburguesas, restaurantes de pizzas, agencias de renta de automóviles y locales de helados. Este sistema de franquicias tiene menos importancia en el monto global de las ventas por franquicia, aproximadamente el 30%, pero como este segundo tipo representa una verdadera oportunidad de negocio para el franquiciatario, está creciendo mucho más rápido que el otro sistema.²²

La franquicia de formato de negocio es un poco más compleja y abarca varios aspectos y, de la cual podría afirmar, que es la de mayor éxito en la actualidad.

Su característica primordial radica en que el franquiciante desarrolla un método de operación para la comercialización de bienes o prestación de servicios a través del uso de una marca o nombre comercial que identificará el método en su conjunto y no al producto en lo individual.

21 Cfr. Raab S. S. y Gregory M., *Franquicias...*, Op. cit. pp. 39-40.

22 Cfr. Keizos, Susan P.: "Franchising's Role in the Economy", citado por Arce G. Javier. Op. cit., p. 15.

Este tipo de franquicia cuenta con tres elementos esenciales:

En primer lugar, tenemos el uso de una marca o nombre comercial que será un elemento distintivo dentro del mercado, que también proporcionará una imagen al negocio que, en ambos casos será reconocida y buscada por el consumidor.

En segundo lugar, tenemos que existe un pago de regalías periódico por parte del franquiciatario al franquiciante como contraprestación al derecho de vender los productos o prestar los servicios identificados por su marca o nombre comercial, las regalías se pagan mensualmente en la mayoría de los casos. Los ingresos que por este concepto obtiene el franquiciante, serán utilizados primordialmente, para cubrir diversos gastos que benefician al sistema en su conjunto.

Como tercer elemento se encuentra al suministro de servicios. Este tercer elemento se refiere precisamente al control y asesoría que prestará el franquiciante al franquiciatario durante la vigencia del contrato.²³

Dentro de esta misma clase de franquicia, encontramos a la franquicia por conversión la cual a primera vista parece idéntica a la franquicia de formato de negocio. Sin embargo, su rasgo característico que la distingue es que su objetivo son los negocios independientes que ya están operando. Un ejemplo muy claro de ellos es "Century 21".

La idea de la franquicia por conversión se basa en el desarrollo de un negocio independiente al que se le ofrece la oportunidad de integrarse y formar parte de un sistema. Con ello podemos decir que limita su independencia, pero a cambio recibe los tres elementos antes descritos que son: la marca o nombre comercial, los métodos uniformes y el suministro de servicios de asistencia técnica o de transferencia de tecnología.²⁴

23 Cfr. Raab S. S. y Gregory M., *Franquicias...*, Op. cit., p. 42.

24 Cfr. Idem. pp. 42-43.

D. DIFERENCIAS DE LA FRANQUICIA

Para entender mejor las distintas diferencias en la concepción de la franquicia basta decir que, a diferencia de Singer, empresa cuyo objeto es la manufactura y venta de máquinas para coser, el negocio de Subway o Blockbuster no es otro que la venta de franquicias, ese es precisamente el punto, que la franquicia moderna fue concebida como un fin en sí mismo y no como el medio para la solución de un problema de distribución.²⁵

En la adecuada y efectiva definición y comprensión de la franquicia está implicado un valor importante, tanto el empresario que otorga una franquicia como el sujeto que la adquiere, debe saber que el objeto del acuerdo que celebran es precisamente, el otorgamiento de una franquicia.

En nuestros días hay ocasiones en que se confunden fácilmente a la franquicia con otras figuras o contratos, tal es el caso de la licencia o concesión de marcas y el de la distribución.

Es por ello que es importante definir a la franquicia y establecer las diferencias que existen con otras figuras semejantes.

La franquicia aparece en economías desarrolladas en donde existen producciones de bienes y servicios en forma masiva, a gran escala y en la que los consumidores de estas mercancías y servicios exigen uniformidad en los bienes demandados. De este modo puede decirse que tres diferencias destacan como básicas para que pueda darse el fenómeno de la franquicia: La marca, la uniformidad del producto o servicio y el pago del franquiciatario al franquiciante.²⁶

25 Cfr. González C., Enrique R., Op. cit., p.88.

26 Cfr. Arce G, Javier. Op. cit., p.11.

La marca funciona como imán, otorgando imagen, prestigio y el reconocimiento del consumidor. A través de ella la gente reconoce el producto o servicio que se presta, el método uniforme y la calidad ofrecida. La marca se fortalece y multiplica su poder a través de la publicidad y el desarrollo de las franquicias.

Las diversas diferencias, tales como la creciente inversión y apertura de establecimientos, gracias al capital aportado por los franquiciatarios que ingresan al sistema. Es decir con sus aportaciones, los franquiciatarios obtienen el derecho de usar una marca o nombre comercial y explotar una negociación mercantil. Este derecho puede ser exclusivo en cuanto a territorialidad, ya que hay casos específicos en los que se proteja el espacio geográfico con que cuenta el franquiciatario y, de esta manera evitar la competencia de su propio sistema.

El control de calidad es una característica trascendental dentro de un sistema, cualquier violación podría ser causa de rescisión del contrato y, podría incluso otorgar el derecho a demandar daños y perjuicios a causa de dicho incumplimiento.

El franquiciante, por su parte, crea un centro de asesoría permanente al cual tienen acceso todos los franquiciatarios. Con ello cumple su obligación de proporcionar asesoría, asistencia y conocimientos técnicos a sus franquiciatarios. Este punto también incluye aspectos del Know-how.

A cambio de la marca y asistencia técnica que le proporciona el franquiciante al franquiciatario, este último tiene la obligación de pagar regalías, las cuales están ligadas a los resultados obtenidos en la negociación, es decir, al éxito y a las utilidades producidas por dicho establecimiento siendo, en la mayoría de los casos, el término que dure el contrato, el cual, generalmente, es a largo plazo con opción de prórroga.

Los intereses de las partes son comunes, por lo que podemos decir que es un contrato en el que se da la colaboración y es un modo de organización para la explotación de dichos intereses.

“Un sistema de franquicias tiene una capacidad de demanda y de compras que le otorga cierta ventaja sobre sus competidores independientes, lo cual involucra un poder en las relaciones bancarias en lo relativo a la obtención de créditos, y con el resto de sus proveedores y para obtener artículos exclusivos, es decir artículos que únicamente se pueden encontrar en los establecimientos de las franquicias ya que son producidos para ellos, en exclusiva”.²⁷

E. ELEMENTOS

1. PERSONALES

“El derecho personal es una relación entre persona y persona. En el derecho personal hay tres elementos: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto del derecho”.²⁸ “Es la expresión de la noción de servicio, es decir, de un acto o de una abstención que tiene un alcance social”.²⁹

El derecho personal, tiene como datos distintivos que:

- a) Compromete al deudor en lo personal. El deudor esta determinado por su identidad personal; el obligado a la prestación puede ser José Rodríguez o Francisco Sánchez, en cuanto a que son ellos mismos y nadie más, sino ellos, quienes soportan el débito;
- b) Compromete todo el patrimonio del deudor. Si éste no paga, el acreedor podrá hacer efectiva la obligación, trabar ejecución y embargar cualesquiera de los bienes afectables que figuren en el activo patrimonial del deudor en el momento del secuestro, pues es un principio el hecho de que es el deudor en el momento del secuestro, pues es un principio el

27 Bescos T. Modesto. Op. Cit., p. 121.

28 Borja Soriano, Manuel.

Teoría General de las Obligaciones,

18 Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001, p. 76.

29 Idem.

hecho de que es el deudor quien debe responder de sus deudas con la totalidad de su patrimonio (artículo 2964 del Código Civil Federal), y

- c) "Puede ser transmitida sólo mediante un contrato que se llama cesión o asunción de adeudas".³⁰

En el contrato de franquicia nos encontramos con que se requiere de dos personas para celebrarlo. El primero denominado Franquiciante y el segundo Franquiciatario, ambos constituyen los elementos personales del contrato, objeto de este trabajo. *"El franquiciante, otorgante o concedente, que es quien concede el uso de los derechos que detenta, y el franquiciado o franquiciatario, que es quien lo recibe"*.³¹

Son las partes del contrato de franquicia y quedarán obligados por el tiempo que dicho contrato estipule.

Generalmente, las partes son personas físicas y jurídicas colectivas (morales). Esta característica se las da el hecho de que su actividad la constituye el comercio de bienes o servicios a partir de la celebración del contrato de franquicia. En el caso del franquiciante, este será un comerciante desde el inicio del negocio, siendo que el franquiciatario podrá convertirse en comerciante a partir de la relación jurídica y comercial que inicie con el franquiciante.

"Las partes, para poder estar en aptitud de obligarse en los términos del contrato de franquicia de que se trate, requieren de la capacidad necesaria. Esta capacidad no es otra más que: La aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer".³²

La capacidad a que nos referimos, es la capacidad de ejercicio. Las partes requerirán, como habilidad para celebrar cualquier clase de contrato, no estar

30 Bejarano Sánchez Manuel.

Obligaciones Civiles,

Cuarta Edición. ed. Harla, México, 1997, p. 24.

31 Castrillón y Luna, Víctor M.

Contratos Mercantiles, Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V.,

México, 2002, p. 458

32 Borja S., Manuel. Teoría..., Op. cit., p. 240.

expresamente exceptuadas por la ley para ello. Tampoco podrán celebrar este tipo de actos jurídicos las personas a las que les esta expresamente prohibida la profesión del comercio.

"Artículo 5 del Código de Comercio: Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo".

De esta forma, la capacidad constituirá uno de los elementos de validez del contrato de franquicia al momento de su celebración.

El franquiciante y el franquiciatario son, generalmente, comerciantes, esta característica puede derivar de que estén constituidos bajo alguna de las formas de sociedad mercantil que previene la Ley General de Sociedades Mercantiles ó de que sean personas físicas que se dediquen habitualmente a los actos previstos como comerciales (artículo 75 del Código de Comercio); ó que la celebración de la franquicia los convierta en comerciantes, pues el objeto del contrato es la licencia de uso de marca y la transferencia de tecnología para explotar una empresa de productos o servicios o crear distribuidores para la reventa de producto.³³

a) El Franquiciante

El franquiciante es la persona que siendo propietaria de una marca o nombre comercial, otorga el derecho de su uso al franquiciatario, para que junto con la asistencia técnica que el primero le proporcione al segundo, opere una negociación mercantil con recursos propios pero bajo los lineamientos que al efecto señale el franquiciante.

³³ Cfr. Arce G. Javier. Op. cit. p.38.

El franquiciante es un empresario que conoce el segmento del mercado en el que participa. Debe desarrollar un producto o un servicio, probarlo en el mercado y, luego de tener éxito por sí mismo, iniciar el procedimiento de franquiciar su negocio.

El franquiciante debe contar con una organización interna calificada, capacitada y especializada que preste y/o transmita apoyo, conocimientos y tecnología a los franquiciatarios en cada una de las áreas que integran y constituyen a la franquicia.

Debe también realizar estudios de mercado para determinar la competencia, ya que de ello dependerá el éxito o fracaso de sus franquiciatarios.

Debe diseñar programas de entrenamiento que se puedan concluir eficazmente y en poco tiempo, desarrollar un plan de negocios y financiero sólido y, elaborar manuales de operación sencillos que cumplan el objetivo para el cual fueron creados, es decir, para asistir al franquiciatario en las tareas diarias que han de realizarse en su negocio.³⁴ En este sentido es importante destacar que, de alguna manera, los manuales operativos constituirán la asistencia técnica permanente que proporciona el franquiciante. Por otro lado y, aunado a lo anterior, algunas franquicias podrán, igualmente, contar con una línea telefónica de emergencia que dará servicio a sus franquiciatarios, ayudándolos a solucionar problemas derivados de la operación del negocio y, lograr el éxito del mismo.

Entre las características personales que debemos encontrar en un franquiciante, según la doctrina de las franquicias, son: poder crear una situación de ventajas mutuas, saber tomar las oportunidades que se le presentan, ser temerario y estar dispuesto a correr riesgos, conocer el mercado y ser, igualmente, cauteloso, tener la habilidad necesaria para comunicarse eficazmente con sus franquiciatarios, ser un pensador

34 Cfr. Huerto Lange, Juan.
Los Siete Puntos Vitales en Expansión,
(Asociación Mexicana de franquicias)
México, s.ed., marzo 18 1992, pp. 91-92.

centrado, cuidar el éxito de los franquiciarios, tener un gusto por el trabajo, comprometerse, y finalmente, contar con una capacidad de liderazgo que sea incisivo.³⁵

De esta forma, el franquiciante es un empresario que expande su negocio a través de la explotación de su marca y a través de su experiencia, así como de la utilización de capital de terceros, es decir, de los franquiciarios, lograr un éxito en conjunto.

b) El Franquiciario

El franquiciario, como ya lo he indicado, será el usuario de la marca, y como tal, también colaborará para su expansión, la cual, al mismo tiempo, provocará la expansión del negocio en sí, ya que el mismo es repetible. Pero también, el franquiciario será usuario de la tecnología del franquiciante, a cambio de la contraprestación que este último le indique y que se expondrá, con detalle, más adelante en este trabajo. Tendrá su negocio independiente, pero deberá seguir diversos lineamientos tanto técnicos como administrativos que le impondrá el franquiciante ya que de lo contrario podrá fracasar el negocio y el franquiciante tendrá derecho a rescindir el contrato de franquicia con fundamento en el incumplimiento del contrato.

El perfil del franquiciario debe estar integrado por factores tales como el gusto por el trabajo, la disposición y capacidad para trabajar en equipo, tener interés por ser poseedor de su propio negocio, ser autodisciplinado y flexible.

Otros elementos importantes en el perfil del franquiciarios son el poseer una solvencia económica, moral y crediticia aceptable y que lo respalde.

Una franquicia es como cualquier otro negocio, en el sentido de que el franquiciario, no por el simple hecho de contar con una marca y con tecnología, va obtener el éxito soñado a corto plazo. Una franquicia requiere de mucho trabajo, de

³⁵ Cfr. S.S. Raab y G. Matusky. Op. Cit., pp. 61-62.

estudio, capacitación y adiestramiento tanto del propietario como de los empleados que en ella vayan a laborar.

Un factor importante para determinar el éxito de una franquicia lo constituye un estudio de mercado que analice la ubicación para la instalación del establecimiento tomando en consideración el mercado potencial de la zona. En este sentido podemos afirmar que la ubicación de la franquicia puede, en la gran mayoría de las ocasiones, constituir un elemento de gran importancia que definitivamente deben considerar ambas partes.

El franquiciatario, tendrá que ser una persona capaz de capitalizar la experiencia y conocimientos que el franquiciante le transmita para aplicarlos diariamente en su negocio.

El franquiciatario debe ser una persona cuidadosa y no dejarse llevar por la primera impresión que le cause el franquiciante, ya que existen numerosas franquicias inexpertas que no dan el respaldo, o apoyo adecuado, a sus franquiciatarios llevándolos, en algunas ocasiones, a perder su inversión y su negocio.

El franquiciante, generalmente, entregará al franquiciatario un formulario para que este responda y anexe la información personal y financiera que le sea requerida. Una vez entregada la anterior documentación, el franquiciante procederá a estudiar a fondo la información presentada así como las cualidades del franquiciatario, mediante un procedimiento interno de calificación, previo al otorgamiento de la franquicia, ya que la relación entre ambos será por mucho tiempo y la compatibilidad será un factor clave para el éxito.

2. REALES

“El derecho real es relación entre persona y cosa”.³⁶ “Hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquiera otra persona”.³⁷

La obligación real es la “necesidad para el deudor de ejecutar un acto positivo, exclusivamente en la razón y en la medida de una cosa que detenta; dichas obligaciones se transmiten *ipso jure* a los detentadores sucesivos de la cosa sin que en ningún caso se transformen, sea en derechos reales, sea en obligaciones personales (Bonnecase). Es una obligación cuya naturaleza es la de una carga o gravamen sobre la cosa, sigue la suerte de ella y por tanto el deudor queda libertado con su abandono. Por ello se le ha denominado obligación real o *propter rem*.”³⁸

La mayoría de los autores que han estudiado el contrato de franquicia hacen referencia a tres elementos claves para considerar que existe franquicia, estos ***son la marca o nombre comercial, la asistencia técnica o know how y la uniformidad.***

No obstante lo anterior, considero que, dentro de estos elementos, también debo incluir ***el secreto industrial, el territorio y la contraprestación.*** De esta forma, todos estos elementos en su conjunto, formarán los denominados elementos reales del contrato de franquicia.

a) La marca o nombre comercial.

El titular de una marca registrada o entrante 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.

36 Borja S., Manuel. Teoría..., Op. cit., p. 76.

37 Idem.

38 Bejarano S., Manuel. Obligaciones Civiles, Op. cit., p. 25.

"La licencia deberá ser inscrita en el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial, para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros".³⁹

"La marca es todo signo o medio material que permite a cualquier persona física o jurídica distinguir los productos que elabora o expende, así como aquellas actividades consistentes en servicios de otros iguales o similares cuya finalidad inmediata es la de atraer clientela y después conservarla y aumentarla".⁴⁰

La marca o nombre comercial, además de ser un elemento real del contrato de franquicia, es un elemento esencial, que sin él no habría franquicia.

En el contrato de franquicia el nombre comercial va generalmente ligado al uso de las marcas y complementa a éstas.

"El aviso o anuncio deben tener señalada la originalidad que distinga fácilmente (a aquellos bienes o servicios) de otros de sus especies".⁴¹

En el Derecho Mexicano el nombre comercial: "es el nombre de un establecimiento o de una negociación mercantil, no es el nombre de un comerciante de una cosa ó de una persona".⁴²

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial en su artículo 5º menciona que:

39 Castrejon García, Gabino Eduardo.
Tratado Teórico-Práctico de los Derechos de Autor y de la Propiedad Industrial,
Primera Edición.

ed. Harla, México, 1997, p. 24.

40 Ibidem. p. 441.

41 Barrera Graf, Jorge.

Instituciones de Derecho Mercantil,

Cuarta Reimpresión.

ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2000, p. 123.

42 Mantilla Molina, Roberto.

Derecho Mercantil,

Vigésima Novena Edición.

ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2003, p. 132.

"El nombre comercial de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios y el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos, sin necesidad de registro..."

El aviso comercial se encuentra regulado por el artículo 100 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial el cual establece que será:

"El derecho exclusivo a usar frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones Industriales, comerciales o de servicios, e impedir que otras personas hagan uso de los mismos para distinguirlas fácilmente de las de su especie."

Siendo el signo visible que distingue productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado, nuestra Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, regula a las marcas como signos distintivos de productos o servicios en su artículo 88, que dan derecho al titular a un uso exclusivo.

*"Artículo 88 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial:
Se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicio de otros de su misma especie o clase en el mercado."*

La licencia de la marca debe ser inscrita ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, autoridad administrativa en materia de propiedad industrial, la cual es un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio y esta regulada en el artículo 6° de la Ley de la Propiedad Industrial.

Todas las especificaciones de las marcas o nombres comerciales, deberán quedar incluidas. Tales especificaciones incluyen la fecha en que quedó registrada la marca, el número bajo el cual está registrada y su titular, entre otros.

La marca puede comprender tanto palabras como diseños y colores. Todos ellos quedarán protegidos al momento de registrarse la marca. Estos elementos le darán un carácter distintivo.⁴³

De conformidad con el artículo 89 de la Ley de la Propiedad Industrial, pueden registrarse, como marcas, los siguientes signos distintivos:

I. Las denominaciones de origen y figuras visibles, suficientemente distintivas, susceptibles de identificar productos o servicios a que se apliquen o traten de aplicarse, frente a los de su misma especie o clase;

II. Las formas tridimensionales;

III. Los nombres comerciales y denominaciones o razones sociales...

IV. El nombre propio de una persona física, siempre que no se confunda con una marca registrada o un nombre comercial publicado."

La marca debe usarse a efecto de que no se extinga, es decir, debe tener un uso que hace el titular, por sí mismo o por medio de "usuarios autorizados"

"Artículo 141 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial:

El uso de la marca por el usuario que tenga concedida licencia inscrita en el Instituto, se considerará como realizado por el titular de la marca".

La marca debe encontrarse debidamente registrada ante las autoridades correspondientes, para que de esta forma los derechos que de ella deriven se encuentren protegidos frente a terceros. Hay excepciones en las cuales las marcas registradas no producen efectos en contra de terceros.

⁴³ Cfr. Javier Cristiani, Julio.

"Algunos Comentarios de Carácter Práctico, al Capítulo de Propiedad Intelectual en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte"; en Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II. México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1993, p.98.

Dichas excepciones se encuentran en el artículo 92 de la Ley de la Propiedad Industrial, y entre ellas destacan:

"... (I) los terceros que utilizaban de buena fe, la marca antes de ser registrada,

(II) las personas que comercialicen, distribuyan o usen productos que ostenten la marca registrada antes de que los mismos hubieren ingresado lícitamente a nuestro país; y,

(III) a las personas físicas o morales que apliquen sus nombres a los productos que comercialicen, produzcan o distribuyan, pero que tengan características tales que los distingan de cualquier homónimo..."

Las marcas se clasifican en marcas de artículos o productos y marcas de servicios, y aquéllas y éstas a su vez se clasifican en clases, que atienden al producto o servicio que protegen.

"Artículo 93 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial:

Las marcas se registrarán en relación con productos o servicios determinados según la clasificación que establezca el reglamento de esta Ley.

Cualquier duda respecto de la clase a que corresponda un producto o servicio, será resuelta en definitiva por el Instituto".

De esta forma, y dependiendo de la clase de franquicia de que se trate, tendrá su marca registrada. La duración del registro de una marca es de diez años. Una vez que una marca ha quedado registrada no se podrá aumentar el número de productos o servicios que proteja, ya que esto requerirá de un nuevo registro, sin embargo, siempre que se desee, se podrá limitar el número de productos o servicios correspondientes, artículos 94 y 95 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Para poder registrar una marca ante las autoridades correspondientes será necesario cumplir con ciertos requisitos entre los cuales se incluyen:

- "... (I) el nombre, domicilio y nacionalidad del propietario,
(II) el signo distintivo de la marca mencionando si es nominativo, innominado, tridimensional o mixto;
(III) la fecha de primer uso, es decir la fecha en que por primera vez la marca de que se trate fue utilizada como tal o, en su caso, indicar que la misma no ha sido utilizada; y,
(IV) los productos o servicios que se desean proteger..."*

En caso de que la marca que se pretenda registrar sea una marca de origen extranjero, dicha marca, en su caso, podrá registrarse de conformidad con lo que establezcan los tratados internacionales respectivos, o, de lo contrario, dentro de los seis meses siguientes a que el registro correspondiente se haya hecho en otro país, teniendo como ventaja que se podrá reconocer como fecha de prioridad la de la presentación de la solicitud original, artículo 117 de la Ley de la Propiedad Industrial.

La fecha de presentación será de vital importancia pues dicha fecha determinará la prelación entre varias solicitudes y, por consiguiente, la titularidad de la marca que se pretenda registrar. Esta fecha será la que corresponda al momento en que todos los requisitos solicitados por la autoridad hayan sido satisfechos, artículo 121 de la Ley de la Propiedad Industrial.

"Artículo 121. Si en el momento de presentarse la solicitud satisface lo requerido por los artículos 113 fracciones I, II y IV, 114, 179 y 180 de esta Ley, esa será su fecha de presentación; de lo contrario, se tendrá como tal el día en que se cumpla, dentro del plazo legal, con dichos requisitos.

La fecha de presentación determinará la prelación entre las solicitudes.

El reglamento de esta Ley podrá determinar otros medios por los cuales se puedan presentar las solicitudes y promociones al Instituto."

Después de examinar la información correspondiente a la solicitud de la marca respectiva, la autoridad procederá a emitir el título correspondiente.

La marca que se encuentra debidamente registrada da derecho de uso exclusivo a su titular, sin embargo, mediante el contrato de franquicia se otorga una licencia de uso de marca, para que de esta forma, el franquiciatario pueda hacer uso de y explotar la marca.

La licencia de la marca se puede otorgar a una o más personas, es por eso, que todos los franquiciatarios pueden hacer uso de las marcas de las franquicias que han contratado.

Actualmente, y como ya lo he mencionado, la duración de la protección de los derechos marcarios es por un periodo de diez años renovable por periodos de igual término. Este trámite administrativo lo podrá llevar a cabo el titular de la marca directamente o, en su caso, el licenciario de la misma, si esto está previsto en el contrato correspondiente, ya que en el caso de las franquicias encontramos que existirá una pluralidad de licenciarios y este aspecto deberá quedar claramente establecido en el contrato respectivo.

Para poder renovar los derechos derivados de una marca registrada se deberá presentar la solicitud correspondiente dentro de los seis meses anteriores al vencimiento del título correspondiente. Por otro lado, para evitar la caducidad de los mismos, será necesario que la marca siempre se esté utilizando y nunca dejar de hacerlo por un periodo mayor a tres años, artículos 130, 134 y 135 de la Ley de la Propiedad Industrial, así mismo la caducidad también operará cuando no se renueve el registro respectivo, artículo 152 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Cuando estamos en presencia de una franquicia maestra, generalmente será ella quien lleve a cabo los trámites de renovación del registro de la marca, pues los franquiciatarios serán licenciarios de la marca, pero no tendrán más que el derecho de explotarla de acuerdo con lo previsto en el contrato y en los manuales de operación, únicamente se podrá licenciar el uso de una marca que se encuentre previamente registrada o, en su defecto, en trámite de registro. La licencia, salvo pacto en contrario,

concede al licenciatarlo la facultad de ejercitar todas las acciones legales necesarias tendientes a la proteccin de los derechos de la marca que le ha sido licenciada, artculos 137 y 140 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Artculo 137. "Para inscribir una licencia en el Instituto bastar formular la solicitud correspondiente en los trminos que fije el reglamento de esta Ley.

Podr solicitarse mediante una sola promocin la inscripcin de licencias de derechos relativos a dos o ms solicitudes en trmite o a dos o ms marcas registradas cuando el licenciante y el licenciatarlo sean los mismos en todos ellos. El solicitante deber identificar cada una de las solicitudes, o registros en los que se har la inscripcin. Las tarifas correspondientes se pagarn en funcin del nmero de solicitudes, o registros involucrados.

Artculo 140. La persona que tenga concedida una licencia inscrita en el Instituto, salvo estipulacin en contrario, tendr la facultad de ejercitar las acciones legales de proteccin de los derechos sobre la marca, como si fuera el propio titular".

Los derechos derivados de las marcas registradas tambin podrn ser objeto de gravamen en los trminos de la legislacin mexicana comn. Dicho gravamen deber ser inscrito ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Las mismas disposiciones aplicarn en el caso de transmisiones de derechos derivados de marcas registradas, artculo 143 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Los registros de una marca tambin pueden ser declarados nulos cuando se presenten cualquiera de los siguientes supuestos:

"... I. el registro se haya otorgado en contra de alguna disposicin legal, sin que esto abarque la impugnacin de la representacin legal del solicitante,

II. que la marca sea igual o semejante y que provoque confusin con otra que ha sido previamente registrada en Mxico o en el extranjero en una fecha anterior a la de la presentacin de la solicitud de que se trate, siempre y cuando se compruebe el uso ininterrumpido por parte del propietario;

III el registro se hubiere otorgado basado en información falsa;

IV el registro haya sido otorgado, por error, inadvertencia o por alguna causa análoga invadiendo los derechos de otro; y,

V el agente o representante del titular de una marca registrada en el extranjero solicite y obtenga el registro de dicha marca a nombre propio y sin consentimiento del titular de la misma. Las acciones de nulidad se pueden iniciar dentro de los cinco años siguientes a partir de la fecha en que se publique el registro de la marca de que se trate, excepto por los supuestos establecidos en las fracciones (I) y (V) anteriores".

Para cancelar el registro de cualquier marca sólo se requiere del escrito por el cual se haga la solicitud correspondiente. Dicha solicitud la tendrá que hacer el titular de la marca y, en algunos casos, la autoridad podrá solicitar la ratificación de la firma del mismo, artículo 154 de la Ley de la Propiedad Industrial.

También procederá la cancelación del registro de la marca de que se trate cuando su titular haya provocado o tolerado que pierda su carácter de signo distintivo ante el público respecto del producto o servicio para el que fue registrado, artículo 153 de la Ley de la Propiedad Industrial.

En algunos casos, la franquicia comprenderá el uso de nombres comerciales los cuales están protegidos sin necesidad de registro. La zona geográfica en la que se protegerá al nombre comercial será en relación con la clientela efectiva o a la difusión de la propia empresa. A solicitud del titular del nombre comercial de que se trate, se podrá publicar en la gaceta. La publicación de un nombre comercial tiene el efecto de registro y una duración de diez años.

Así también, otras franquicias podrán conceder, a sus franquiciatarios, el uso de patentes, las cuales se pueden definir como la explotación de una invención nueva, susceptible de aplicación industrial.

b) La asistencia técnica ó know how

La asistencia técnica o *know how*, (*saber como hacerlo*); no es otra cosa más que todo el conocimiento que, dentro del aspecto técnico de un negocio, necesitará saber el franquiciatario y que han permitido el éxito del franquiciante, y que sobre todo, dará uniformidad al sistema.

El know how será el cómo hacer las cosas en una franquicia, "comprenderá, invenciones, procesos, formulas, 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."⁴⁴

La asistencia técnica es "un flujo continuo de instrucciones, directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado".⁴⁵

Este concepto puede confundirse o abarcar algunos conocimientos técnicos del *know how*, pero tiene como característica el que generalmente se preste en forma personal por técnicos o personal del franquiciante, de esta manera encontraremos que el franquiciante otorgará, generalmente, al franquiciatario y a los empleados de mayor jerarquía, la capacitación necesaria, por medio de cursos, para poder operar con mayor eficacia la franquicia.

Estos cursos tienen dos objetivos, que son en primer lugar, crear y lograr la uniformidad en la operación del negocio a través de franquiciatarios talentosos y

44 Álvarez Soberanis, Jaime.

La Regulación de las Invenciones y Marcas y de la Transferencia de Tecnología.

Primera Edición.

Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1979. p. 308.

45 *Ibidem*. p. 323.

competentes, y en segundo lugar, vender franquicias a través de estos cursos, por que las personas interesadas en celebrar contratos de esta naturaleza perderán el miedo a operar un negocio propio, por el temor a cometer errores que los lleven al fracaso del mismo.

Los franquiciantes, en la mayoría de los casos, impartirán estos cursos dividiéndolos en dos etapas, una teórica y otra práctica. La práctica podrá llevarse a cabo en uno de los negocios propiedad del franquiciante que no se encuentra disponible para franquiciar; ahí el franquiciatario ocupará diversos cargos y realizará todas las tareas involucradas en la franquicia. La clave del éxito está en que el franquiciatario debe conocer perfectamente bien el negocio, así como todas las áreas que lo componen y poder desarrollar con la máxima destreza las actividades que en cada una de ellas se llevan a cabo y estar, además, en posibilidades de adiestrar adecuadamente a sus empleados optimizando de esta manera los recursos humanos.

Los franquiciantes capacitarán a los franquiciatarios en todas las tareas relativas a la administración del negocio y les harán de su conocimiento las políticas operativas y los esquemas a seguir.

Las políticas a que nos referimos deberán ser claras y completas. En este sentido, deberán cubrir los siguientes aspectos:

- "Diseño y decoración de la unidad
- Integración y demás aspectos del personal
- Inventario y equipo
- Mercadotecnia y publicidad
- Relaciones con los clientes
- Fuentes de abastecimiento
- Recepciones inaugurales
- Alcance de sus servicios
- Servicios especiales a los franquiciatarios en apuros

Recomendaciones sobre precios

Cumplimiento de los aspectos legales y contractuales

Mantenimiento y limpieza de la unidad franquiciada"⁴⁶

La asistencia, incluirá también, aspectos tales como la selección del equipo necesario en el negocio, y el proyecto y ejecución de las instalaciones.⁴⁷

En algunos casos, además de asistencia técnica, encontraremos que habrá transferencia de tecnología.

"Jurídicamente, es el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro".⁴⁸

"Transferencia de tecnología es el movimiento de nuevas técnicas de procesos o equipos para convertir las innovaciones en productos comercializables o en mejoras a la productividad. La forma más fácil de entender la transferencia de tecnología es la comercialización: elaborar un producto a partir de su diseño (esto es un nuevo prototipo de auto) a la producción (línea de producción) y finalmente al mercado (sala de exhibiciones)"⁴⁹

La transferencia de esta tecnología tiene como finalidad que el franquiciatario pueda producir, vender bienes ó prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de

46 Arce Gargollo, Javier.

Contratos Mercantiles Atípicos.

Octava Edición.

Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001, p. 150.

47 Cfr. Hope, María.

Franquicias: El Arte de Reproducirse.

s. ed., Revista en Expansión, México,

Abril 25, 1990, p. 40

48 Mantilla M., Roberto. Op. cit. p.122.

49 Weatherly, Jonathan D. and Iorio, Richard F.

"How to bring new products to Marketplace: Maximizing Technology Transfer",

México, Revista Bussines México, Septiembre, 1993, p. 47.

(Vol. III, No. 9) (Traducción de Salvador Martínez Martínez)

la marca; tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

Dentro de la asistencia técnica, también se puede hablar de que el software que se utilice en la negociación de que trate será una forma de asistencia técnica, que facilitará las actividades tanto productivas como administrativas de la negociación.

c) La uniformidad

El concepto de uniformidad del producto o servicio va íntimamente ligado al concepto de la marca o nombre comercial, ya que el consumidor anticipadamente va a identificar el producto o servicio que quiere y conoce, así como la calidad de este.

El consumidor resulta ser una persona muy exigente, cuando conoce algo y ese algo le gusta, le satisface y pretende encontrarlo en cualquier lugar a donde vaya.

Este es el fundamento de la uniformidad, el satisfacer al consumidor con algo conocido e identificado por la marca, que es un símbolo de calidad en la mayoría de las ocasiones.

Dentro de la uniformidad encontramos conceptos tan variados como el personal y su atuendo; los productos y servicios que en cada caso se ofrezcan e incluso la apariencia tanto interna como externa del local en el que se ubique. La decoración del local será también parte de la uniformidad y de la estrategia comercial de la franquicia, así como la presentación del producto o la forma de prestar el servicio. El objetivo es que el consumidor no encuentre diferencia alguna de un establecimiento a otro.

d) El secreto industrial

“Se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o

mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros, en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características, finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”.⁵⁰

“Un secreto industrial podrá consistir en cualquier formula, patrón, dispositivo o compilación de información que se usen en una empresa y que den al empresario la oportunidad de obtener una ventaja sobre los competidores que no lo conocen o no lo usan. Puede ser la formula de un compuesto químico, un proceso de manufactura, de tratamiento o de conservación de materiales, el patrón para una maquina u otro dispositivo, o una lista de clientes”.⁵¹

El secreto industrial dentro de la legislación mexicana, es considerado por la doctrina como una innovación, pues hasta antes de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial no se había incluido en ningún ordenamiento legal, y sus derechos no se encontraban protegidos.

La asistencia técnica y la transferencia de tecnología se encuentran muy ligados en relación con la franquicia, pues el éxito de la misma se basa en estrategias de mercado, en conocimientos técnicos, en procesos productivos, optimización de los recursos materiales y humanos; que de manera pormenorizada se hacen del conocimiento del franquiciatario y que lo obligan a guardarlo en los términos que se estipulen y bajo las penas que por concepto de daños y perjuicios pueda causar su divulgación no autorizada.

50 Castrejon G. Gabino E., Tratado Teórico..., Op. cit., p. 722.

51 Jalife Daher, Mauricio.

Comentario a la Ley de la Propiedad Industrial,

Primera Edición en Editorial Porrúa.

Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2002, p. 92.

De este modo, el franquiciatario adquiere el compromiso de no competir con los servicios o productos que presta o comercializa la franquicia, pues su competencia sería desleal al conocer todo el proceso productivo y la base del éxito de la franquicia, ocasionando daños, que en muchas ocasiones resultan irreparables a la imagen, prestigio y al producto mismo del franquiciante.

Es práctica común que en los contratos de franquicia, cuando menos, se incluya una cláusula que haga referencia al manejo de cierta información que el franquiciante pondrá a disposición del franquiciatario. Dicha información podrá ser considerada como secreto industrial o, simplemente como información confidencial. Cualquiera que sea el caso, el franquiciatario tendrá, en todo momento, la obligación de guardarlos y hacer que los empleados que tengan acceso a dicha información le otorguen el mismo tratamiento.

Por otro lado, es importante destacar la conveniencia de que el futuro franquiciatario celebre un convenio de confidencialidad al momento en que el franquiciante le haga entrega de la circular uniforme de oferta, pues como ya hemos dicho, dicho documento contiene información comercial que esta considerada como confidencial y tanto su divulgación como su mal uso podría ocasionar daños patrimoniales muy serios al sistema.

e) El territorio

El territorio es un elemento clave para un gran número de franquicias, pues será el área de acción, el espacio en donde el franquiciatario podrá establecer su propio negocio sin competencia por parte de su misma franquicia.

Sin este control territorial se podría llegar al grado de que dos franquiciatarios de la misma empresa fueran competidores entre sí, lo cual disminuirá las probabilidades de supervivencia de una de ellas y la inversión no tendría caso.

El territorio lo puede constituir desde la totalidad de un estado, una ciudad, o hasta unas cuantas manzanas dentro de una colonia o fraccionamiento de una ciudad.

El territorio dependerá de la clase de franquicia y la actividad que lleve a cabo y deberá señalarse claramente dentro del contrato.

En el caso de franquicias maestras, el territorio casi siempre está integrado por grandes extensiones que pueden llegar a ser desde un estado o un país. Lo anterior se debe a que los titulares de una franquicia maestra cuentan con las facultades necesarias para celebrar contratos de franquicia, es decir a sub-franquiciar, de acuerdo a las políticas internas de su propio sistema y dentro del territorio señalado dentro del propio contrato de franquicia que ha celebrado con el franquiciante. En este caso nos encontramos que el franquiciatario le toca ejercer dos papeles, frente al franquiciante él será un franquiciatario, pero respecto de los contratos de sub-franquicia que celebre dentro de su territorio, él será el franquiciante y un tercero ocupará el lugar de sub-franquiciatario.

f) La contraprestación

La contraprestación resulta no ser más que la obligación que adquiere el franquiciatario frente al franquiciante por el otorgamiento de la franquicia.

La contraprestación que debe pagar el franquiciatario si el contrato es oneroso, como en la mayoría de los casos, puede ser en dinero o en especie. En dinero, la contraprestación puede ser en moneda nacional o en moneda extranjera, pues nada impide que las operaciones mercantiles se celebren en esta última. Si el pago es en especie, debe determinarse en el contrato cómo va a valorarse el bien o bienes materia de la contraprestación.⁵²

⁵² Cfr. Arce G. Javier. El Contrato de franquicia, Op. cit. p.43.

La contraprestación normalmente consiste en dos cosas, la primera, un pago inicial que le otorga el derecho a celebrar el contrato de franquicia que se denomina *Franchise Fee*, y la segunda consistirá en un pago periódico de regalías.

El diccionario Black's Law Dictionary define a las regalías, entre otras de sus acepciones, como: "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".⁵³

"El porcentaje de la regalía puede variar durante la vigencia del contrato, y aún desglosarse por diversos conceptos como porcentaje de ventas netas por el uso de la marca y del nombre comercial. El porcentaje sobre ventas por el uso de determinados bienes que se dan en arrendamiento, es precio de un contrato distinto al de franquicia".⁵⁴

La contraprestación en un contrato de franquicia, como ya lo he mencionado con antelación en el presente trabajo, consiste en el pago de regalías periódicas que hace el franquiciatario al franquiciante. Este pago usualmente se determina mediante el establecimiento de un porcentaje sobre las ventas brutas del negocio. En algunas ocasiones este porcentaje será determinado mediante las compras hechas al franquiciante. El monto de dicho porcentaje será determinado a través de la influencia de diversos factores como lo son:

- (1) El valor y la penetración de la marca en el mercado; y
- (2) El propio valor del know how.⁵⁵

⁵³ Black's Law Dictionary. Op. cit. voz: royalty

⁵⁴ Sánchez Medal, Ramón.

De los Contratos Cíviles.

Décima Novena Edición.

Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2002, p. 239.

⁵⁵ Cfr. R. y R. González Calvillo. Op. cit., pp. 76-77.

En general, la contraprestación suele ser una combinación de un pago inicial y de regalías, y ésta a su vez puede ser en dinero, especie, moneda nacional o extranjera y sobre distintas bases, todas relacionadas directa o indirectamente con los resultados de la negociación materia de la franquicia.

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.⁵⁶

3. FORMALES

En uno de los sentidos técnicos, la forma "hace referencia a un medio concreto y determinado, que la ley o la voluntad de los particulares imponen para exteriorizar la voluntad contractual".⁵⁷

"Cuando la ley exige determinada forma para la celebración de un contrato, dicha formalidad es un elemento de validez del propio contrato, ya que la omisión de esa formalidad exigida por la ley hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa".⁵⁸

Dichas formalidades las encontramos dentro de los artículos 1795 fracción IV y 2228 del Código Civil.

"Artículo 1795 del Código Civil. El contrato puede ser invalidado:

(...)

⁵⁶ Cfr. Arce G., Javier, *El Contrato...*, Op. Cit., p.45.

⁵⁷ Díez Picazo, Luis.

Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.

Quinta Edición, (Tomo I)

Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 182.

⁵⁸ Sánchez M., Ramón. Op. Cit., p. 58.

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

"Artículo 2228 del Código Civil. 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."

Aún cuando la legislación mexicana no prescribe expresamente formalidad alguna respecto del contrato de franquicia, en virtud de que es un contrato atípico, nos encontramos con la necesidad de hacerlo por escrito, pues de la misma Ley de la Propiedad Industrial se desprende dicha formalidad, pues impone la obligación de inscribir al contrato. Además, el hecho de hacerlo por escrito, otorga mayor seguridad a las partes respecto de los derechos y obligaciones que en base a dicho contrato adquieren, así como los efectos de registrar la licencia de uso de marca ante las autoridades correspondientes con el objeto de que tenga efectos contra terceros.

El contrato de franquicia, como contrato atípico no regulado por la legislación mexicana, en principio, no tiene una forma impuesta por la ley. Sin embargo, como un contenido esencial de la franquicia es la autorización o licencia del uso de una o varias marcas, o nombres comerciales, este acto jurídico sí requiere para su validez frente a terceros, el que se otorgue por escrito y que se inscriba en ciertos Registros.

El artículo 136 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial dispone 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."

Actualmente la forma se exige con el propósito de dar seguridad jurídica a las partes contratantes. En el caso del contrato de franquicia, podemos decir que estamos en presencia de un formalismo indirecto.⁵⁹

59 Cfr. *Ibidem*, pp. 59-61.

CAPITULO SEGUNDO

II. CLASIFICACIÓN GENERAL.

A. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE

Como se desprende de los elementos del contrato de franquicia que he revisado en el capítulo anterior, se pueden identificar que en dichos elementos se basan las obligaciones y derechos principales de las partes contratantes en la franquicia. No obstante lo anterior, a continuación profundizaremos en cada una de dichas obligaciones y las identificaremos según la parte a la cual le corresponden.

“Tradicionalmente se ha definido la obligación como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona, llamada acreedor”.⁶⁰

El franquiciante debe saber trabajar en equipo, ya que el elemento y la relación personal son en la franquicia de la mayor importancia, otro de los retos que también están relacionados con este sentido es el asimilar la pérdida del control de la operación diaria de la franquicia, solamente un sujeto cuyo perfil le permita trabajar en equipo llegará al éxito en el mundo de las franquicias.

El franquiciante debe poseer un alto grado de determinación y de persistencia, de hecho se trata en muchos casos, de la supervivencia del más fuerte, y podemos asegurar que todo franquiciante, por bueno que sea el negocio, siempre experimentará un poco de sobresaltos, sobre todo durante el despegue.⁶¹

60 Rojina Villegas Rafael.
Compendio de Derecho Civil,
Teoría General de las Obligaciones
Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1994, p. 3.
61 Cfr. González C., Enrique R. Op. cit., pp. 103-104.

El franquiciante debe ser flexible y extremadamente profesional, ya que el negocio requiere de amplísima flexibilidad para concebir un cambio radical en el objeto del mismo. Quien franquicie su negocio requiere ser magnífico vendedor, puede parecer fácil, pero requiere de muchos estudios de prospectos. Aun apoyado con la asesoría de expertos y delegando algunas funciones, el empresario que franquicie su negocio tiene que comprometer tiempo y esfuerzo para un mejor resultado positivo.⁶²

La estructura organizacional del franquiciante se consigue mediante un análisis profundo del negocio en cuestión. En este análisis se esquematiza la nueva estructura de la compañía, se concibe el establecimiento de distintas divisiones del negocio y se crean nuevas áreas con funciones específicas al servicio de los franquiciatarios, en la planeación no solo deben tomarse en cuenta criterios de índole operativa y administrativa, sino también de índole corporativa, legal, fiscal, de marca e inclusive laboral.⁶³

Las obligaciones que nacen del contrato de franquicia para el franquiciante pueden ser muy variadas y distintas en cada contrato particular por la materia de la concesión involucrada.

Si el franquiciante concede el uso de la marca y el nombre comercial para un negocio de naturaleza comercial, en el que el franquiciatario se limitará a distribuir o comercializar productos que fabrica o distribuye el franquiciante, las obligaciones del franquiciante podrán involucrar las propias de un suministrador, o de un proveedor o empresa en un contrato de distribución.

Si el franquiciante concede la franquicia para un producto que debe fabricarse, ensamblarse ó prepararse por el franquiciatario, sus obligaciones incluirán la provisión de tecnología, especialmente comprende la experiencia, los conocimientos,

62 Cfr. *Ibidem*. pp. 105-106.

63 Cfr. *Ibidem*. p. 113.

invenciones, formulas, diseños y el saber como hacerlo además la asesoría sobre proveedores, técnicas de fabricación y otras.

En la franquicia relativa a servicios, el franquiciante deberá proporcionar tecnología propia para la prestación del servicio y quizá hacer un énfasis especial en la capacitación del personal del franquiciatario y en una supervisión más estricta.⁶⁴

“El franquiciante es quien conoce, y en la mayoría de las ocasiones, quien creó el sistema, por lo tanto conoce todos sus detalles y las razones que lo han hecho exitoso por lo que le será, sumamente difícil desarrollar la forma adecuada para que al momento de franquiciar su negocio, es decir, de repetirlo, éste sea también exitoso. En esta etapa la participación tanto de abogados como de consultores de mercadotecnia especializados en franquicias será indispensable”.⁶⁵

Por lo que se refiere a los derechos del franquiciante una vez que se ha celebrado el contrato, puedo decir que, estos pueden ser infinitos ya que infinitas también son las posibilidades de las cosas que se pueden franquiciar. Esto es, desde la comercialización o distribución de productos fabricados por el propio franquiciante, o como puede tratarse de una franquicia para ensamblar o fabricar productos que ostentan la marca o nombre comercial propiedad del franquiciante. En este último caso, el contrato incluirá los aspectos propios para transferencia de tecnología, patentes, técnicas de fabricación, etcétera, y, en algunos casos, incluso software. Por lo que se refiere a franquicias de servicios, se incluirá la tecnología y conocimientos necesarios para la adecuada prestación de los servicios de que se traten.

64 Cfr. Arce G., Javier. El Contrato de franquicia, Op. cit., p. 47.
65 Warren, Pengilley.

"International Franchising Arrangements in their Negotiations";
(Traducción de Francisco Carrillo Sánchez),
in *Northwestern Journal of International Law & Business;*
Northwestern University, United States of America,
Fall- Winter 1985., Vol. 7, No. 2, pp. 205-206.

No obstante y, como ya lo indique con anterioridad, en su mayoría los derechos y obligaciones del franquiciante se desprenden y desarrollan a partir de los elementos reales del contrato, es decir:

1. La licencia de uso de la marca y/o el uso de nombres comerciales, en los términos que ya hemos expuesto.

2. "En caso de que existan patentes involucradas en la franquicia, la concesión para la explotación de las mismas deberá incluirse".⁶⁶

3. El Know how, asistencia técnica y/o transferencia de tecnología es una de las obligaciones más importantes del franquiciante, ya que esta obligación junto con la marca son los pilares del negocio y, sobretodo por lo que se refiere a este aspecto, el franquiciatario debe contar con el más amplio apoyo por parte del franquiciante y de esta manera alcanzar el éxito. Este punto se refiere precisamente a los conocimientos técnicos del negocio. Esta cláusula debe detallarse al máximo posible dentro del contrato pero, debe ampliarse a través de los cursos de capacitación y manuales que provea el franquiciante al franquiciatario. Esta es una obligación de tracto sucesivo a cargo del franquiciante.

Dentro de esta obligación se encuentra el proporcionar toda la información de manuales, especificaciones, detalles técnicos, supervisores y personal calificado que sea necesario para que al final del día el franquiciatario pueda asegurar que domina todos los aspectos del negocio y, con ello, eliminar un elemento más que en muchas ocasiones causa el fracaso irremediable de un negocio. La experiencia del franquiciante será un elemento invaluable para el franquiciatario, pero será responsabilidad del franquiciante saber transmitirla así como del franquiciatario el saber aprovecharla.⁶⁷

⁶⁶ Arce G., Javier. El Contrato de franquicia, Op. cit., p. 43.

⁶⁷ Cfr. Ibidem. p. 44.

4. "Los estándares de calidad serán otro punto importantísimo, esto se debe a que la calidad es lo principal para el consumidor quien ya conoce un producto o servicio que lo identifica a través de la marca y lo llevara a buscarlo y preferirlo, cuando lo encuentre sobre los demás que el mercado ofrezca.

Esta obligación a cargo del franquiciante se complementa con el derecho de supervisar y corregir, cuando sea necesario, al franquiciante. Aquí encontramos una parte de la uniformidad que también se expresa a través de estándares de calidad".⁶⁸

5. El trade dress es la segunda parte de la uniformidad. El trade dress es un derecho del franquiciante y una obligación a cargo del franquiciatario que consiste en que la imagen del local que incluye decoración y construcción sea igual en todas las franquicias. El franquiciante tiene la obligación de proporcionar al franquiciatario todos los elementos necesarios para que éste pueda cumplir con esta obligación que abarca, como ya hemos dicho, el aspecto integral del establecimiento donde se ubica la franquicia, desde el piso, las ventanas, e incluso hasta el personal.

6. La publicidad es tanto un derecho como una obligación del franquiciante. Esta obligación consiste precisamente en llevar a cabo todos aquellos actos para dar la adecuada publicidad a la franquicia, sin embargo, los gastos generalmente son compartidos con los franquiciatarios. Los franquiciatarios podrán llevar a cabo actos publicitarios únicamente dentro de los lineamientos al efecto establecidos por el franquiciante, quien en todo caso, se reserva el derecho de aprobar previamente dicha publicidad.

7. La forma en que se llevará la contabilidad e información financiera del negocio será también otro aspecto importante en donde el franquiciante ejercerá sus derechos para imponer su sistema.

68 Ibidem p. 45.

8. "El derecho de supervisar la actividad del franquiciatario es muy importante, sin embargo, este derecho tiene límites ya que los términos y condiciones para su ejercicio deben establecerse con claridad en el contrato y de esta forma evitar conflictos y abusos por las partes".⁶⁹

9. Algunos franquiciantes pueden establecer la obligación de dar apoyo en todas las áreas de operación y administración a sus franquiciatarios, compartiendo los riesgos de inversión con sus franquiciatarios, es decir, que el franquiciante podría adquirir el inmueble y el franquiciatario adquiere el mobiliario y equipo. Por lo que se refiere a apoyo financiero, algunos franquiciantes cuentan con un departamento de finanzas especializado en ponerlos en contacto con las mejores opciones bancarias y crediticias que se ofrecen en el mercado.⁷⁰

10. El plazo es un elemento establecido por el franquiciante quien, a través de estudios diversos efectuados por personal profesional y especializado, incluye el tiempo necesario para recuperar la inversión así como el tiempo suficiente para que el franquiciatario reciba utilidades; y,

11. Otorgar la exclusividad del producto o servicio. Esto consiste en que como miembro de un sistema uniforme, el franquiciatario cuenta con el derecho exclusivo para expandir los productos o prestar los servicios que ofrece la franquicia, sin que ninguna otra persona que no sea miembro de dicho sistema pueda hacerlo, es decir, no tiene competencia salvo por lo que se refiere a competidores externos que contarán con sus propios productos. Además, la uniformidad también se dará en los precios, ya que en todos los establecimientos parte del mismo sistema los productos o servicios costarán lo mismo, lo que implica la repetición del negocio original y la uniformidad del mismo lo que llamará la atención del consumidor.

⁶⁹ Ibidem p. 46.

⁷⁰ Cfr. "Brindan apoyo a franquiciatarios" (suplemento comercial); en *Diario Reforma*; 12 de septiembre de 2002, Expansión y Reforma, p. 3.

B. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO.

De antemano sabemos que la franquicia es la forma de emprender un negocio con menos riesgos de fracaso, ya que el franquiciatario compra un sistema probado y exitoso.

Los derechos y obligaciones principales del franquiciatario son el cumplimiento de cada uno de los términos y condiciones establecidos dentro del contrato para obtener los mejores resultados comerciales y contractuales.

“La obligación, en el sentido jurídico de la palabra, puede definirse como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están civilmente comprometidas hacia una o varias otras, igualmente determinadas a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa”.⁷¹

Estos deberán incluir, pero ni con mucho se deben de limitar, la filosofía general de la empresa, los objetivos generales del negocio, la instalación de la unidad, el uso de la marca, el manejo de los productos, los procedimientos de limpieza, organización, administración, reportes y controles, en fin los derechos y obligaciones del franquiciatario y sus empleados.⁷²

Entre dichos derechos y obligaciones se encuentran:

1. El pago de la cuota inicial o franchise fee. Este pago deberá efectuarse en la forma y términos al respecto indicados;
2. Elaborar, comercializar, distribuir, vender o prestar los servicios que ostentan la marca o nombre comercial que se ha licenciado, dando cumplimiento y con estricto

71 Borja S., Manuel. Teoría..., Op. cit., p. 70.

72 Cfr. González C., Enrique R., Op. cit., p. 120.

apego a los manuales, información, conocimientos, experiencia, *know how*, asistencia técnica y tecnología que al efecto le haya proporcionado el franquiciante.⁷³

3. Contar con personal capacitado y actualizado. El personal a contratarse deberá reunir determinadas características y obtener el entrenamiento adecuado según las indicaciones que al respecto haga el franquiciante;

4. Seguir las especificaciones señaladas en los manuales en cuanto a la producción o prestación del servicio de que se trate, haciéndolo en la forma y por los precios que indique al efecto el franquiciante, manteniendo un mínimo de horas para ofrecer dichos servicios o productos al público. La identidad en los precios dentro de un sistema de franquicia es una necesidad fundamental;

5. Adquirir la maquinaria, equipo e instalaciones que el franquiciante le indique, y, proporcionar el mantenimiento adecuado haciendo las reparaciones que sean necesarias cuando éstas se presenten;

6. Permitir al franquiciante tener acceso a la información financiera y contable, así como permitirle llevar a cabo inspecciones de rutina. Aquí se incluye la obligación de seguir los sistemas de contabilidad y financieros que indique el franquiciante, así como la preparación de reportes periódicos sobre la situación, en general, del negocio y su administración, ya que esto también forma parte de la uniformidad;

7. Cumplir con todas las disposiciones sobre confidencialidad de información y guardar aquellos secretos industriales a que tenga acceso, en este sentido, el franquiciatario está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología o la operación misma de la negociación, o la propia franquicia. Esto implica no comunicar o usar, en beneficio que no sea propio, la tecnología, conocimientos, *know how*, y cualquier clase de información recibida del franquiciante.⁷⁴

73 Cfr. Arce G., Javier. Op. cit., p. 47.

74 Cfr. ibidem. p. 49.

8. Acuerdo de no competir. La principal característica de esta obligación será el que el franquiciatario se obliga a no competir con la franquicia durante la vigencia del contrato correspondiente. Su efecto será más bien de naturaleza psicológica y será un elemento totalmente recomendable para que se incluya al momento en que se firma el contrato correspondiente ya que implica una seguridad para el éxito del sistema.

9. Mantener el control de calidad de los productos o servicios que se prestan;

10. Adquirir la materia prima de las empresas autorizadas por el franquiciante o, en su caso, adquirirla directamente de este último. El objetivo de esta obligación consiste en lograr una estandarización y/o uniformidad en los productos así como un estricto control de calidad;

11. Mantener el establecimiento en la forma y términos que señale el franquiciante incluso por lo que se refiere a la higiene del mismo. Esta obligación incluye la de cumplir con el "trade dress", que como ya hemos mencionado anteriormente, se refiere tanto a la decoración interna, como al aspecto externo del establecimiento, dándole al mismo el mantenimiento adecuado;

12. Cooperar en las campañas publicitarias así como en las promociones comerciales que organice el franquiciante, para las cuales, en la mayoría de los casos, existirá un fondo que se creará a partir de las aportaciones del franquiciante y los franquiciatarios;

13. No ceder ni sub-licenciar los derechos que ha adquirido mediante el contrato de franquicia. Estos derechos se entienden otorgados de manera personal y en la gran mayoría de los casos, la cesión únicamente puede verificarse con la previa aprobación del franquiciante, en cuyo caso deberá el franquiciatario pagar un "transfer fee" que *consiste en el pago de los derechos correspondientes para la cesión de los derechos que obtuvo a través de la franquicia de que se trate*, pues esta cesión implica casi el

volver a empezar, pues el franquiciante tendrá nuevamente que capacitar al nuevo franquiciatario.

14. Dar cumplimiento a todas las obligaciones que continúen vigentes una vez que el contrato ha sido terminado por la razón que fuere, muchas de estas disposiciones serán aquellas relativas al uso y explotación de las marcas, la tecnología, así como los acuerdos relativos a la confidencialidad y a no competir;

15. Asimismo, el franquiciatario tiene el derecho de usar y explotar la marca, el nombre comercial y/o las patentes, así como cualquier otro derecho derivado de propiedad intelectual o industrial que se haya incluido como parte del contrato de franquicia, incluyendo las licencias de uso de software así como los derechos que sean aplicables; y

16. Por último, también tendrá derecho a recibir toda la asistencia técnica, tecnológica, experiencia y conocimiento del franquiciante relacionados con la operación y organización de la franquicia.

Estos son los soportes más fuertes que recibirá el franquiciatario, ya que apoyado por la capacitación, detallará el cúmulo de conocimientos operativos del negocio que el franquiciante elaboró después de muchos años de operación, este debe contener todas las ramas y estándares por los que se tendrá que regir el franquiciatario para alcanzar el éxito en su nuevo negocio.

C. BENEFICIOS Y PERJUICIOS DE LA FRANQUICIA

Cuando el franquiciante decide franquiciar su negocio debe considerar ciertos factores para el éxito de su franquicia, haciéndola rentable a los ojos del posible franquiciatario, exponiendo los beneficios y perjuicios más importantes que existen para la obtención de una franquicia.

La rápida instalación de un negocio en un esquema de franquicias, el negocio nace ya hecho, completo y no requiere de meses o años de esfuerzos para depurar el producto o servicio que se ofrece. El éxito de un negocio suele implicar una indeterminable de experimentos que a su vez originan costosos errores y fracasos.⁷⁵

1. BENEFICIOS

a) "Se puede decir que uno de los principales beneficios de la franquicia es que se cuenta con la asistencia profesional y apoyo constante, este apoyo generalmente incluye estudios de mercado, selección y negociaciones para la compra del local, instalación de la tienda, promoción el día de la apertura, procedimientos contables, apoyo operativo productivo, además de una continua investigación y desarrollo de nuevos productos, servicios y técnicas de promoción, operación y desarrollo".⁷⁶

b) Desarrollo y expansión.- Resulta ser uno de los beneficios más significativos en el sistema de franquicias para el franquiciante, ya que utilizando este sistema podrá llevar su servicio o su producto a cualquier parte del mundo. El franquiciante aprovecha el capital de terceros (franquiciatario) para construir los nuevos establecimientos, que de otra forma sería imposible hacerlo con rapidez por no contar con el capital necesario para hacer dichas inversiones.

El franquiciatario además de construir el nuevo establecimiento deberá pagar al franquiciante una cuota inicial por la compra de la franquicia, lo que significa que el franquiciante tendrá además una importante entrada de efectivo. El franquiciatario además proporcionara la fuerza laboral capacitada para manejar el nuevo establecimiento, es decir, contratara a una serie de empleados supervisados y vigilados directamente por él.

75 Cfr. González C., Enrique R., Op. cit., p. 126.

76 *Ibíd.* p.127.

El franquiciante lograra la entrada de su producto o servicio a nuevos mercados lejanos y difíciles de penetración. Las franquicias tienen un crecimiento geométrico considerando que, al otorgar franquicias maestras para determinadas regiones o incluso países, permite al franquiciatario maestro a su vez otorgar franquicias a otras personas llamados subfranquiciatarios; lo que significa una expansión geográfica en poco tiempo.

Otro beneficio de las franquicias además de la mencionada, es el ingreso con mayor facilidad a los mercados de diferentes países donde las barreras como el idioma, las costumbres, la legislación y las creencias son fácilmente superadas, ya que el franquiciatario siempre reside en la región que abarca la franquicia, por lo tanto conoce y supera las barreras mencionadas.

c) Eficiencia en las operaciones.- El otorgamiento de franquicias logra el tener al frente de cada establecimiento a una persona debidamente motivada, capacitada y dedicada.

El franquiciatario al adquirir una franquicia consigue principalmente dos objetivos, el tener la asesoría por parte del franquiciante y el convertirse en su propio patrón; este segundo objetivo le proporciona un alto nivel de motivación al franquiciatario que redundan en que realmente se comprometa con su nuevo negocio, haciéndolo exitoso a toda costa. Si es necesario, trabajará catorce a dieciséis horas diarias y supervisará personalmente todas las áreas del negocio. Los franquiciantes de grandes empresas reclutan franquiciatarios que tengan la necesidad de triunfar y salir adelante y que posean un nivel de confianza en si mismos y en sus habilidades.

Si a un gerente calificado le ofrecen la oportunidad de trabajar en otra empresa aumentándole el sueldo en un 50%, generalmente renunciara a su empleo anterior en busca de nuevos beneficios económicos, sin embargo, si a ese gerente se le otorga una participación en las acciones del negocio, se sentirá comprometido y orgulloso de la compañía y difícilmente la abandonará. Este esmero y perseverancia del

franquiciatario disminuye las responsabilidades del franquiciante en cuanto al control directo y costos administrativos, considerando que actualmente es muy difícil encontrar personal altamente calificado, capacitado y responsable para altos niveles ejecutivos.

d) Nuevas ideas y talentos.- El trabajar bajo un sistema de franquicias permite al franquiciante que los franquiciatarios, con la motivación que comente con anterioridad, aporten una cantidad considerable de proyectos e inventos. De todas las ideas que aportan los franquiciatarios, quizá solo algunas sean realmente brillantes, sin embargo, éstas pueden ser sumamente importantes ya que mejoran el producto o el servicio brindado. En virtud de lo anterior, es muy importante para el franquiciante mantener estrecha comunicación con los franquiciatarios para que estos se sientan en libertad de comentar todas esas nuevas ideas que pueden llegar a sumamente útiles.

El aportar nuevas ideas sobre el producto o servicio que se comercializa, trae consigo importantes beneficios ya que los consumidores siempre buscan algo nuevo y con calidad. Es importante para el franquiciante el organizar seminarios, conferencias y eventos para estar siempre en contacto con los franquiciatarios, quienes además le proporcionarán importantes anécdotas y experiencias, con las cuales el franquiciante se dará cuenta de cómo está siendo aceptado su producto o servicio en las diferentes regiones, o países a los que ha ingresado.

e) Reforzar el nombre comercial.- La marca es un elemento esencial en las franquicias y debe de tener amplio reconocimiento por parte de los consumidores. A medida que las franquicias se expanden en diferentes lugares estratégicos, la marca logrará cierta penetración dentro del mercado y ganará la confianza tanto de los posibles inversionistas como de los consumidores en general. Cuando contemplamos el incremento en el número de los establecimientos de un negocio, lo primero que nos viene a la mente es pensar que el concepto es exitoso, ya que de otra manera, no estaría desarrollándose por todo el país y con tanta rapidez y eficiencia. Por lo tanto mientras más establecimientos tengan una compañía, más se difunde el nombre

comercial que la identifica y más se fortalece la marca del producto o servicio del franquiciante.

f) Difusión publicitaria.- La publicidad es sumamente importante en cualquier tipo de empresas, con ésta los consumidores conocen del producto o servicio de un negocio, asimismo, se les convence de los beneficios del producto o servicio y de la necesidad de adquirirlo o usarlo, con el reforzamiento del mensaje al grupo que pretendemos atraer y al cual está enfocado nuestro producto o servicio. La publicidad sirve para dar a conocer nuevas ofertas, productos o servicios y lograr que la gente les tenga siempre en mente, lo cual es importante porque el consumidor por lo general es impulsivo, puesto que se deja llevar por el impulso del momento y es así como un anuncio en el momento decisivo hace la diferencia.

Desgraciadamente la publicidad eficiente es costosa, por ejemplo un anuncio por televisión de un minuto de duración puede costar actualmente millones de pesos; los periódicos también son caros y es publicidad que cuesta por tamaño de anuncio y por cada día de publicación. El radio es mucho más barato que los dos medios anteriores y es una buena opción, otra elección es el correo directo y el reparto de panfletos o folletos, aún así, todo esto implica tiempo, dinero y trabajo; por medio de las franquicias se logra el mismo objetivo de tener una excelente publicidad con amplia difusión.

Prácticamente todos los negocios que otorgan franquicias capturan un porcentaje especial de los franquiciatarios, destinado exclusivamente para lanzar campañas de publicidad. Los verdaderos emporios económicos gastan fortunas en publicidad. Un ejemplo es "McDonald's" gasta cerca de US \$500'000,000.00 de dólares anuales en publicidad, cantidad que es aportada en su totalidad por sus franquiciatarios.⁷⁷

77 Cfr. Raab Steven S. y Gregory, Matusky.
Franquicias, Ventajas y Desventajas de su venta.
(Traducción de Roberto Hass)
Primera Edición.
Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1991, p. 119.

g) Disminución de los riesgos.- Se necesita hacer una inversión considerable para cada nueva sucursal que pretenda abrir la casa matriz de una empresa, por lo tanto cada nueva inversión conlleva un riesgo, aunque menor si ya se ha comprobado el éxito operativo de otros establecimientos o sucursales, pero nunca deja de existir dicho riesgo porque cada región tendrá un comportamiento distinto ante el producto o servicio y por lo tanto influirán diversos factores y circunstancias geográficas de cada lugar, desde las costumbres de los nuevos consumidores hasta el medio ambiente, en el caso de una tienda de helados operando en invierno.

Al otorgar franquicias el franquiciante traslada prácticamente todo el riesgo a manos del nuevo franquiciatario, que es quien carga con todas las responsabilidades y gastos como son: remodelación, promoción, empleados y capital inicial del trabajo. En el peor de los casos, como sería la quiebra, el franquiciante no tendrá responsabilidad financiera, (aunque si moral) frente a los acreedores del franquiciatario, ni aún frente al franquiciatario mismo. Lo único que afectaría al franquiciante sería una disminución en el mercado y dejar de percibir un porcentaje por regalías; sin embargo, la quiebra del franquiciatario confirmaría que el producto o servicio no hubiese tenido éxito en esa zona explorada por un tercero y con capital de un tercero y por lo tanto se abstuvo de perder en una inversión inútil.

h) Satisfacción propia.- Este es un elemento subjetivo y que a la vez es una consecuencia del otorgamiento de franquicias. El conceder una oportunidad a las personas para que logren el éxito en su vida profesional y económica, constituye un importante aliciente para el franquiciante, como lo señalan Raab y Matusky al citar a un importante franquiciante de una cadena de mascotas, "La parte más satisfactoria del otorgamiento de franquicias, consiste en observar la transformación que sufren los franquiciatarios."⁷⁸

78 Ibidem. p. 111.

2. PERJUICIOS

No todos son beneficios para el franquiciatario ya que como se verá a continuación existen ciertos campos donde no podrá tener una participación, sino por el contrario, sufrirá un perjuicio.

a) Relación extensa.- Tiende a ser una relación bastante larga para el franquiciante, ya que por lo general los contratos de franquicias se celebran cuando menos por diez años. Es posible que un franquiciante ya no quiera otorgar más franquicias de su negocio, pero no dejara de dar asesoría, servicio y atención a todas las franquicias que tienen su contrato vigente. El franquiciante escoge franquiciatarios con los cuales supone tendrá una convivencia armoniosa por el tiempo que dure el contrato de franquicia, pero diez años con un franquiciatario desagradable y latoso es mucho tiempo.

b) Corto margen de las utilidades.- las unidades franquiciadas exitosas traerán también el éxito económico al franquiciante. Mientras más unidades franquiciadas tenga el franquiciante mayor serán sus utilidades ya que éstas se derivan de un porcentaje determinado sobre las ventas de los franquiciatarios.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, el franquiciante sólo se queda con un pequeño porcentaje de las utilidades mientras que los franquiciatarios se quedan con un elevado porcentaje. Además hay que considerar que el franquiciatario no tenía ni la experiencia en el negocio, ni el capital suficiente (hay franquiciantes que financian a sus franquiciatarios), el franquiciante bien podría haber abierto esas unidades o establecimientos y quedarse con el 100% de las utilidades.

c) Disminución en la intervención con los franquiciatarios.- Como mencionamos anteriormente el que el franquiciante mantenga una relación amistosa y duradera con los franquiciatarios no es fácil. Conforme transcurre el tiempo, el franquiciatario empieza a manejar cada vez con más audacia su negocio y al cabo de unos años se siente

autosuficiente, por lo que comienza a cuestionarse que los consejos y la asesoría del franquiciante ya no le son de utilidad. Además se muestra molesto por las regalías que debe seguir pagando al franquiciante, sin ser aparentemente significativas las nuevas innovaciones o la tecnología que este le debe seguir prestando al franquiciatario.

"Esta actitud negativa debe contrarrestarse por medio de la comunicación y la relación estrecha y amable que tendrá que establecer el franquiciante. Además las verdaderas formas de coerción por parte del franquiciante hacia los franquiciatarios rebeldes pueden terminar en litigio judicial que a ninguna parte conviene, por lo costoso y por la mala publicidad que generan".⁷⁹

d) La reducción de independencia.- Debe saber que con ello va a verse en la necesidad de compartir entre otras cosas sus marcas, experiencias, conocimientos y en general su propia empresa con terceros.

Resultantes de todas las políticas, los estándares operativos y de manejo en general del negocio franquiciado, la compra supervisada de los insumos del negocio, equipos, los controles en la selección, localización y decoración de la unidad y de los estándares en todas las demás directrices del negocio y que son en realidad los conceptos que conforman la tecnología o know-how por los que el franquiciatario paga una regalía, suelen convertirse en una atadura para el franquiciatario.⁸⁰

e) "Reducción de control sobre las unidades o negocios franquiciados.- El franquiciatario contara siempre con una autonomía de operación claramente superior a la de un empleado, cuyo criterio, en muchas ocasiones, no entra en los procesos ni las decisiones de la operación diaria de un negocio, la autoridad del franquiciatario se ve reducida a una serie de recomendaciones lo que en algunas industrias u negocios puede representar una fuerte desventaja. En otros casos esa flexibilidad opera

79 *Ibidem.* p. 141.

80 Cfr. González C., Enrique R., *Op. cit.*, p. 128.

benéficamente, ya que dichas decisiones se toman en el campo con mayor conocimiento del mercado y de las condiciones que lo rigen”.⁸¹

f) Pagos al franquiciante.- El franquiciante ejerce el derecho de cobrarle a sus franquiciatarios una cuota inicial, a la que incorrectamente se le llama guante en México, y la de las regalías. La primera es una cantidad fija que se paga a la firma del contrato de franquicia, mientras que la segunda se determina a partir de un porcentaje de los ingresos brutos (ventas) del negocio.

g) “Limitantes en cuanto a las compras o ventas del negocio, que se lleven a cabo del negocio franquiciado, a veces tales operaciones se sujetan a la autorización del franquiciante”.⁸²

D. CESIÓN DE LA FRANQUICIA

Una de las situaciones que mayor controversia provocan en la práctica respecto de cesiones de derechos, es la relativa al momento de la operancia de la misma. Es relativamente frecuente que cuando se demanda que se declare administrativamente la nulidad o caducidad de un derecho, el titular afectado pretenda acreditar su calidad exhibiendo un contrato por medio del cual le han transferido los derechos sin que el mismo aún se encuentre inscrito ante el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial. En tales casos suele manifestarse que la solicitud de inscripción correspondiente ha sido formulada, aunque no resuelta por el Instituto. El caso adquiere máximo relieve en atención a que tener por nuevo titular al cesionario implicaría, por ejemplo, tener por validamente por contestada la demanda respectiva, mientras que desconocer la eficacia de la cesión irremediablemente reduciría la determinación a que la contestación ha sido producida por una parte no legitimada, que implica que el procedimiento se siga en rebeldía.⁸³

81 Ibidem. p. 98.

82 Ibidem. p.129.

83 Cfr. Jalife D. Mauricio, Comentario..., Op. cit., pp. 346-347.

“El tema de la cesión de la franquicia por parte del cesionario, afecta en forma importante al franquiciante, pues éste tiene interés legítimo en mantener la integridad de sus marcas y tener el mismo nivel de calidad que la compañía requiere.”⁸⁴

“Tradicionalmente se ha definido la obligación como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona, llamada acreedor”.⁸⁵

En la mayoría de los contratos de franquicia no existe la posibilidad de ceder los derechos y obligaciones adquiridos a través de esta figura pues, como ya lo hemos dicho en diversas ocasiones, este es un contrato que celebra el franquiciante con el franquiciatario debido a las características personales que tiene este último, es decir, es un contrato intuitu personae.

La cesión de la franquicia puede tener como modalidad el que el franquiciante tenga preferencia para adquirir dicha franquicia, o para señalar un adquirente de la misma que, a su juicio, tenga capacidad para ser franquiciatario, y que podrá ser otro de sus franquiciatarios de su sistema de franquicias. Es probable que sus franquiciatarios tengan un derecho de opción para adquirir nuevas franquicias.⁸⁶

La cesión de franquicia constituye la sustitución del franquiciatario por otro sujeto en la titularidad de la relación jurídica derivada del contrato, por lo regular la cesión no es materia del contrato, sino tan solo, los derechos y obligaciones de las partes contratantes, que derivan del contrato, resultan aplicables por analogía, las normas sobre la cesión de derechos de nuestro Código Civil Federal.

Artículo 2029 del Código Civil Federal. Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiera a otro los que tenga contra su deudor.

84 Arce G., Javier. El Contrato de franquicia, Op. cit. p. 55.

85 Rojina Villegas Rafael. Teoría..., Op. cit., p. 3.

86 Cfr. Arce G., Javier. El Contrato..., Op. cit., p. 56.

La cesión es una figura que, en caso de presentarse, afecta de manera importante al sistema, ya que se espera que el cesionario tenga las mismas características personales y técnicas, en su caso, que el cedente.

Para que la cesión se lleve a cabo en un contrato de esta naturaleza, es indispensable que el cedente cuente con la debida y previa autorización del franquiciante, pues de lo contrario, esta sería una causal de terminación por incumplimiento del contrato.

La cesión entonces supone una sustitución de franquiciatarios, en donde primero subsisten ciertas obligaciones a cargo del cedente, como las relativas a la confidencialidad que ya he explicado, y en segundo lugar, el cesionario adquiriría todos los derechos y obligaciones señalados en el contrato de franquicia así como cualquier otra obligación que del mismo se derive, sin que la relación jurídica se considere alterada.

En caso de que la cesión se permita y prevea en el contrato de franquicia, se recomienda que los términos de la misma se establezcan con la mayor claridad posible para evitar posibles controversias futuras.

E. LA TERMINACIÓN DE LA FRANQUICIA

La terminación de un contrato de franquicia resulta ser uno de los puntos medulares. De hecho y, "en un sentido amplio se puede decir que el contrato termina por... extinción de sus efectos".⁸⁷

"La terminación del contrato de franquicia se presenta una vez que el mismo ha sido válidamente celebrado y ha empezado a producir sus efectos pero dichos efectos comienzan a extinguirse por las causas que a continuación se exponen".⁸⁸

87 Sánchez M. Ramón. Op cit., p. 115.

88 Ibidem. p.118.

1. El transcurso del término del mismo sin que éste sea prorrogado;

2. Por acuerdo entre las partes;

3. “La incapacidad sobreviniente de una las partes en virtud de que el contrato se celebra intuitu personae”;⁸⁹ esta causa únicamente se presenta en el caso de que una de las partes sea una persona física, ya que en caso de ser una persona moral la incapacidad sobreviniente podrá deberse más bien a que la citada persona moral ha sido declarada en suspensión de pagos, en quiebra o ha entrado en liquidación;*

4. Cuando una de las partes es una persona moral, siempre y cuando dicha causa se haya previsto en el contrato respectivo, la declaración que haga la autoridad correspondiente de que una de las partes se encuentra involucrada en un procedimiento de suspensión de pagos o en quiebra;*

5. “La rescisión del contrato en virtud del incumplimiento a las obligaciones estipuladas a cargo de cada una de las partes dentro del mismo; y/o, por imposibilidad sobreviniente de dar cumplimiento a dichas obligaciones, ya sea parcial o total”.⁹⁰

6. “El preaviso que haga una de las partes a la otra dentro del término y dando cumplimiento a las condiciones que para darlo se establecen en el propio contrato de franquicia”.⁹¹

7. La muerte del franquiciatario, en caso de que sea una persona física o la disolución de cualquiera de las partes. Por lo que se refiere a la disolución, en la mayoría de los casos se presentará en el franquiciatario más no así en el franquiciante.

89 Ibidem, p.119

90 Ibidem. pp.121-126.

91 Arce G., Javier. El Contrato de franquicia, Op. cit. p. 57.

* Figura Jurídica que fue abrogada en el 2000 por la Ley de Concursos Mercantiles.

Una vez que ha terminado el contrato de franquicia por cualquiera de las causas antes mencionadas, las partes tendrán obligaciones hacia el futuro más no hacia el pasado. La mayoría de dichas obligaciones serán a cargo del franquiciatario, pues él ha dejado de formar parte del sistema.

Por lo que se refiere al franquiciante podemos decir que más que obligaciones a la terminación del contrato de franquicia tiene derechos que se pueden resumir en la preferencia para adquirir todo el mobiliario y equipo que pertenecen al franquiciatario en igualdad de condiciones con un tercero, en caso de que dicha opción se haya incluido o si no, el esquema bajo el cual el establecimiento continúe operando aún a cargo de un tercero ya que el objetivo del franquiciante es que las franquicias subsistan aún a la terminación de los contratos respectivos con sus franquiciatarios.

El franquiciatario es quien tiene a su cargo una multiplicidad de obligaciones una vez que el contrato de franquicia ha llegado a su fin y esta son:

1. Dejar de usar las marcas, nombres comerciales, y cualquier otro tipo de propiedad intelectual o industrial que le haya concedido el franquiciante en los términos de la licencia correspondiente;
2. Dejar de anunciarse como parte o miembro del sistema de franquicias de que se trate y devolver al franquiciatario todo el material publicitario, papelería, artículos, etcétera que hagan referencia al sistema, sus marcas, nombres comerciales o a cualquiera otra de sus partes;
3. Entregar y dejar de usar los manuales de operación, instructivos, así como cualquier otro tipo de material didáctico relacionado con la operación y organización del negocio que le haya sido proporcionado por el franquiciante al franquiciatario;
4. Remover todo aquello que constituye el "trade dress" o apariencia tanto externa como interna del establecimiento. Esta obligación aunque no tiene fuerza legal en

México es conveniente incluirla, ya que en muchos otros países si puede hacerse cumplir.

5. Guardar todos aquellos secretos industriales a que haya tenido acceso durante la vigencia del contrato y abstenerse de usarlos para competir con la franquicia, los conocimientos técnicos se incluyen dentro de esta obligación. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación generalmente se establece, en el contrato, una pena convencional que se hará efectiva precisamente en caso de incumplimiento.

CAPITULO TERCERO

III. MARCO JURÍDICO DE LA FRANQUICIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

No es posible entender totalmente a las franquicias si se ignora su entorno legal, después de todo, a pesar de que se trata de un fenómeno mercado-lógico, la franquicia genera una relación jurídica plasmada en un contrato.

En este capítulo se hará referencia a la franquicia respecto a la legislación mexicana en la materia.

A. CONCEPTO DE FRANQUICIA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

Como ya lo he dejado establecido en el capítulo primero del presente trabajo, se entenderá por franquicia:

"El sistema de comercialización de bienes y servicios por el cual una persona física o moral (franquiciante) concede a otra (franquiciatario) por un tiempo determinado, el derecho de usar su marca o su nombre comercial, recibiendo la asistencia técnica requerida, a efecto de comercializar determinados bienes o servicios con métodos comerciales y administrativos iguales."

Aún cuando la anterior definición cumple con nuestras necesidades, nuestra legislación contempla a la franquicia en su artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, el cual la define a la franquicia de la siguiente manera:

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

Esta definición abarca ya no solo la licencia de uso de la marca, sino también los conocimientos técnicos y la asistencia técnica para la eficaz producción y prestación de los productos o servicios respectivos, con la ayuda de métodos para la adecuada operación, comercialización y administración de la franquicia.

Asimismo, quien concede una franquicia deberá proporcionar a quien se le pretenda conceder, previo a la elaboración del convenio respectivo, la información relativa sobre el estado que guarde su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta Ley.

Por otro lado, se negará la inscripción de una licencia por razones de interés público. Debiendo la Secretaría fundar y motivar la causa de negar la inscripción solicitada.

Por último, se cancela el registro de una licencia por acuerdo mutuo del licenciataria; por nulidad, caducidad o cancelación del registro de la marca.

No obstante lo anterior, el propósito fundamental de la nueva Ley es ofrecer en México una protección a los derechos de propiedad industrial similar a la que ya existe en los países industrializados.

Se otorga a los individuos y empresas en México medios jurídicos comparables a los países avanzados y preparados, para defenderse contra las imitaciones de sus productos, procesos de fabricación, marcas, patentes de invención, nombres comerciales, dibujos y diseños industriales, denominaciones de origen, etc.

Esto provocará una seguridad jurídica para los derechos de propiedad industrial, generando la atención de la inversión extranjera y facilitando el flujo de tecnología extranjera hacia México.

En este contexto se conducirá a un desarrollo industrial y comercial, que a la larga beneficiará a los consumidores, puesto que tendrán acceso a bienes y servicios de mejor calidad ofrecidos en el mercado.

Todo lo anterior provocará que en las actividades industriales y comerciales, se dé un proceso permanente de mejoras en la tecnología y en la calidad de los productos, buscando con ello la competitividad tanto en el mercado nacional como en el extranjero.

El marco normativo de la Ley de la Propiedad Industrial, se limita a solicitar el registro de licencias, cesiones de patentes y marcas solamente, no abarcando otros objetos contractuales de traspaso tecnológico que el anterior ordenamiento regulaba.

De igual manera la no inscripción de los contratos de transferencia de tecnología en el registro, ocasionaba la nulidad de los mismos. En la nueva ley, la cuestión es que si no se inscriben los contratos de licencia o cesión de patentes y marcas en el Instituto, no producirán efectos legales en contra de terceros, tal y como lo definen los artículos 136 y 143 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Al promulgar la Ley de la Propiedad Industrial desaparece el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, y posteriormente se crea el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), dándole a las partes la libertad contractual, sin intervención estatal, para contratar de acuerdo a sus intereses.

Dicha Ley conceptualiza por segunda vez a la franquicia de manera similar a la del reglamento de 1990, estableciendo un mecanismo de registro ante la Secretaría de Economía, de conformidad con las disposiciones y con los mismos efectos aplicables a las licencias de marcas.

En este orden de ideas, el titular de una marca registrada podrá conceder mediante convenio, licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o

alguno de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca. Asimismo, la licencia deberá inscribirse en el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros, artículo 136 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Como se puede observar, se habla de la licencia de uso de marca, la cual ampara productos y servicios, siendo esta licencia uno de los elementos esenciales de la franquicia.

La solicitud de inscripción de una licencia ante dicha dependencia se formulará en los términos de la Ley, dicha licencia quedara inscrita, salvo que sé de algún supuesto del artículo 66 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Artículo 66. No se inscribirá la licencia cuando la patente o registro hubiesen caducado o la duración de aquélla sea mayor que su vigencia.

Asimismo, los productos que se vendan o los servicios que se presten por el usuario, deberán ser de la misma calidad que los fabricados o prestados por el titular de la marca. Además, esos productos o el establecimiento en donde se presten los servicios, deberán indicar el nombre del usuario y demás datos que prevengan del reglamento de esta Ley, artículo 139 de la Ley de la Propiedad Industrial.

También deberá indicarse, de acuerdo con el artículo 56 del Reglamento de la Ley en cuestión:

I. Cuando se conozca el número de la clase a que correspondan los productos o servicios para los que se solicita el registro, de conformidad con la clasificación establecida en el reglamento.

II. Las leyendas y figuras que aparezcan en el ejemplar de la marca y cuyo uso no se reserva.

III. Ubicación del o de los establecimientos o negociaciones relacionadas con la marca."

Esa calidad en la franquicia se logra mediante los procedimientos que le dan a los productos o servicios amparados en la marca, uniformidad en los fabricados o prestados por el titular de la marca.

El usuario de una licencia inscrita en la Secretaría, tendrá la facultad de ejercitar las acciones legales tendientes a impedir la falsificación, imitación o uso ilegal de la marca, como si fuera su propio titular. El uso de la marca por el licenciatarario se tomará como realizado por el titular de la marca, artículos 140 y 141 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Además de lo anterior, no debemos de perder de vista que el Reglamento de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial establece en su artículo 5° que las solicitudes que se presenten al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) para su inscripción, deberá contener:

- * I. Estar firmados en todos sus ejemplares;*
- II. Utilizar las formas oficiales impresas y aprobadas por el Instituto y publicadas en el Diario Oficial de la Federación y en la Gaceta;*
- III. Acompañar anexos que se consideren necesarios;*
- IV. Señalar domicilio para oír y recibir notificaciones en el territorio nacional;*
- V. Indicar el número de solicitud;*
- VI. Acompañar el comprobante de la tarifa correspondiente;*
- VII. Anexar la traducción correspondiente al español de documentos en idioma extranjero;*
- VIII. Anexar documentos que amparen el carácter de causahabientes, así como la personalidad de los apoderados o representantes legales;*
- IX. Anexar la legalización de documentos extranjeros, según sea el caso."*

El artículo 10 del citado Reglamento dispone que la solicitud de inscripción de una licencia de uso de cualquier derecho de propiedad industrial o de franquicia, además de contener los requisitos anteriores, deberá señalar:

** I. El nombre, denominación o razón social, nacionalidad y domicilio del licenciante o franquiciante y licenciataria o franquiciatario;*

II. La vigencia del convenio;

III. Si el convenio reserva al licenciante, usuario autorizado o franquiciante la facultad de ejercer las acciones legales de protección del derecho de propiedad industrial, materia del mismo;

IV. Tratándose de licencia de uso de marca, los productos o usos respecto a los cuales se conceda la licencia. Considerándose a la franquicia como licencia de uso de marca, señalara los productos y servicios que ampara la misma;

V. Los demás datos que se le soliciten en las formas oficiales."

Dicha solicitud deberá anexar un ejemplar certificado o con firmas autógrafas del convenio en que conste la licencia, autorización de uso o del convenio de franquicia, en el que podrán omitir las cláusulas referentes a las regalías, información confidencial, así como los anexos de información técnica que lo integran.

Todo lo anterior proporciona una mayor seguridad a las partes contractuales.

Asimismo, el artículo 64 del multicitado Reglamento ordena que los productos que se vendan o el establecimiento en donde se presten servicios a los que se aplique una marca registrada, bajo licencia o franquicia deberá indicar:

** I. Nombre y domicilio del titular de la marca registrada;*

II. Nombre y domicilio del licenciataria de la marca o franquiciatario, y

III. El uso bajo licencia de la marca registrada".

Aquí cabe comentar que, aunque a la franquicia ya se le ha conceptualizado en la Ley, carece de una verdadera Reglamentación, en virtud de que el reglamento establece sólo cuestiones de cómo debe tramitarse las solicitudes de franquicia para su inscripción, compartiendo incluso disposiciones en licencias de uso de cualquier derecho de propiedad industrial, pero no regula las cuestiones de fondo, como: La capacidad de contratar de las partes, sus actuaciones, los efectos de la celebración de

los contratos de franquicia, cuestiones de nulidad, caducidad, cancelación de los mismos, etc.

En otro orden de ideas, la Ley establece en su artículo 142, que el otorgante de la franquicia debe proporcionar al receptor de la misma, previo a la celebración del convenio respectivo, información sobre el estado que guarda su empresa, en los términos del reglamento de dicha Ley.

En razón de la publicación tardía del reglamento, no existían parámetros en la información que se tenía que presentar, lo cual ocasionó que los franquiciantes proporcionaran la información que estimaban conveniente.

El artículo 65 del Reglamento en comento señala la información referida. A continuación se mencionará la información referida:

** I. Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;*

II. Descripción de la franquicia;

III. Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia;

IV. Derecho de propiedad industrial que involucra a la franquicia;

V. Montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante;

VI. Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario;

VII. Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explota la franquicia;

VIII. Derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que debe cubrir para hacerlo;

IX. Obligaciones del franquiciatario respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y

X. En general, las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia."

Aunque la Ley de la Propiedad Industrial conceptualiza a la franquicia, considero que es prioritario que le dé una reglamentación completa, como figura distinta e independiente y que no se le encuadre dentro de las disposiciones relativas a las licencias, que como ya se sabe, la licencia de uso de marca es tan solo un elemento esencial de la franquicia, pero que por si sola no configura a aquélla.

B. LA FRANQUICIA EN EL DERECHO MEXICANO

Con relación a las normas que directa o indirectamente han regulado al contrato de franquicia en el Derecho Mexicano, han aparecido recientemente importantes disposiciones en materia económica que van a influir en el desarrollo de las franquicias y en la celebración de contratos sobre esta materia.

La franquicia, al ser un sistema comercial innovador que implica una relación jurídica compleja entre dos personas, relación que se sujeta a los términos y condiciones establecidos en el contrato correspondiente, está regulada por una gran variedad de leyes, reglamentos y demás disposiciones de carácter general y aún especial que lo afectan, le imponen obligaciones y le otorgan derechos tanto de manera directa como indirecta. Todas esas disposiciones le son obligatorias tanto para la celebración del contrato mismo como para su cumplimiento y para el funcionamiento mismo de la actividad que se lleve al cabo en el negocio de que se trate.

Adicionalmente, encontramos con que existen disposiciones de carácter internacional que también le son obligatorias como lo son los tratados y convenios internacionales, los cuales pueden ser desde bilaterales hasta multilaterales e incluso universales. Por otro lado, también encontramos a las convenciones y a los organismos internacionales, de los cuales derivan diversos tipos de acuerdos que si bien no regulan expresamente al contrato de franquicia si pueden referirse a ciertos elementos del mismo los cuales constituyen objeto de regulación y protección por el derecho internacional. Un ejemplo de esto son los múltiples tratados sobre propiedad industrial, intelectual, marcas, patentes, etc.

No obstante lo anterior, para que uno de estos ordenamientos le sea aplicable a los contratos de franquicias celebrados en México, dichos tratados o acuerdos deberán ser celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"Artículo 133. Esta constitución, las leyes del congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del senado, serán la Ley suprema de toda la unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados."

Desgraciadamente, la franquicia es un sistema muy novedoso en nuestro país, por lo que la legislación mexicana apenas y lo menciona, mientras que en el extranjero, especialmente en los Estados Unidos de América, lugar de origen de la franquicia, es una figura muy conocida y regulada tanto a nivel federal como local.

El marco jurídico de la franquicia en México lo constituyen, principalmente, los siguientes ordenamientos y las disposiciones que de cada uno de ellos se indica:

1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a través de los artículos 25 y 28; el primero por que regula el fomento y crecimiento económico, es decir, la rectoría del Estado en materia económica a través de la participación de todos los sectores que integran la nación y, el segundo, porque permite la libre concurrencia de bienes y servicios en los mercados nacionales prohibiendo así la creación de monopolios, estancos y practicas monopólicas que restrinjan actividades económicas en beneficio de un grupo.

2. La Ley de la Propiedad Industrial y su reglamento en los términos que se han expuesto a lo largo de este trabajo.

3. La Ley de Inversión Extranjera y el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Nacional y Regular la Inversión Extranjera.

Dicha Ley fue promulgada el 15 de diciembre de 1993,⁹² el objeto de dicho ordenamiento esta comprendido en su artículo 1° disponiendo que será “la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que esta contribuya al desarrollo nacional”.

Asimismo en su artículo 4° establece como novedad importante la participación de inversión extranjera, en cualquier porcentaje, en el capital social de sociedades de nacionalidad mexicana, salvo lo dispuesto en la Ley.

También la Ley reservara de manera exclusiva, en las personas físicas o morales mexicanas, con cláusula de exclusión de extranjeros, las actividades económicas y las siguientes sociedades: transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga; comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; servicios de radiodifusión; uniones de crédito; instituciones de banca de desarrollo y la prestación de servicios profesionales y técnicos, artículo 6° de la Ley de Inversión Extranjera.

La limitación expresa de actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos amplía las áreas de actividades económicas en las puede participar la inversión extranjera.

Por otro lado, se expande el porcentaje de inversión extranjera en otras actividades, entre las que pueden mencionarse: transporte; instituciones de crédito y financieras; fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos y fuegos artificiales; impresión y publicación de periódicos; televisión por cable; pesca, administración portuaria y sociedades navieras entre otros, artículo 7° de la Ley de Inversión Extranjera.

92 Cfr. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de diciembre de 1993, abrogando en su segundo artículo transitorio a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada el 9 de marzo de 1973.

Cabe hacer notar que corresponde a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras resolver sobre la participación de la inversión extranjera, en un porcentaje mayor al 49%, en determinadas actividades que son, entre otras: servicios portuarios, sociedades navieras, servicios legales, agentes de seguros; telefonía celular y perforación de pozos petroleros y de gas, artículo 8° de la Ley de Inversión Extranjera.

Las nuevas disposiciones de ésta Ley, abren la posibilidad de que franquiciantes de extranjeros pueden constituir sociedades mexicanas con el 100% del capital foráneo, por lo cual detentarían el control sobre dichas sociedades. Con esto se podría ocasionar el desplazamiento de sociedades mexicanas, pero también hay que reconocer que la inversión extranjera podría incentivar nuestra economía, tan deteriorada a últimas fechas, generando empleos, acceso a nuevos mercados y tecnologías innovadoras, entre otras.

4. La Ley Federal de Competencia Económica;

Esta Ley se promulgó el 18 de diciembre de 1992,⁹³ la cual es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, artículo 1° de la Ley Federal de Competencia Económica.

Posteriormente, a la luz de una economía abierta y de una importante desregulación de la actividad económica, se expide la Ley en comento, la cual en su artículo 2°, párrafo 1°, señala que tiene por objeto "proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, practicas monopolicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios".

La aplicación de esta Ley compete a la Comisión Federal de Competencia, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, artículo 23 de la Ley Federal de Competencia Económica.

93 Cfr. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 24 de diciembre de 1992.

"Artículo 23.- La Comisión Federal de Competencia es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, contara con autonomía técnica y operativa y tendrá a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las practicas monopolicas y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozara de autonomía para dictar sus resoluciones."

Dicho ordenamiento prohíbe los monopolios y las prácticas monopolicas que dañen o impidan la competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, artículo 8° de la Ley Federal de Competencia Económica, siendo esto último el objeto de muchos contratos de franquicias.

Las prácticas monopolicas se dividen en: absolutas y relativas. Son absolutas, los contratos o arreglos entre agentes económicos competidores entre si, cuyo objeto sea entre otros, la manipulación de precios de venta o compra de bienes o servicios ofrecidos en el mercado o intercambiar información con el mismo objeto; controlar la producción de bienes y la prestación de servicios, dividirse el mercado y coordinar posturas en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas publicas. Estos actos no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos serán sancionados de conformidad con el artículo 9° de la Ley Federal de Competencia Económica.

Y las prácticas monopolicas relativas a los contratos o combinaciones cuyo objeto sea desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en determinados casos, artículo 10° de la Ley Federal de Competencia Económica.

Para que las practicas monopolicas relativas se consideren violatorias, deberá comprobarse que el presunto responsable tiene un poder sustancial respecto del mercado relevante y que se realicen respecto de bienes y servicios correspondientes al

mercado relevante de que se trate, artículo 11° de la Ley Federal de Competencia Económica.

Dicha Ley contempla el establecimiento de controles de precios, o sea, la Secretaría determinará los precios máximos que correspondan a los bienes y servicios determinados mediante decreto del ejecutivo federal. Para la fijación de tales precios se requerirá de la concertación entre la Secretaría y los agentes económicos involucrados, artículo 7° de la Ley Federal de Competencia Económica.

Lo anterior se aplicará a franquicias que amparen productos que encuadren dentro de los precios máximos fijados por el ejecutivo.

Finalmente, esta Ley, al normar la protección de libre concurrencia, beneficiará a la consecuente celebración de contratos de franquicia, logrando así la efectiva competitividad de las empresas nacionales.

5. La Legislación en Materia de Derechos de Autor.

La Ley Federal de Derechos de Autor tiene relevancia en la celebración de los contratos de franquicia, pues su objeto es precisamente el proteger las obras que abarcan todas las áreas del conocimiento, incluyendo aquéllas de carácter técnico.

En este sentido, podemos considerar que el *know how* que proporciona el franquiciante al franquiciatario es una obra técnica pues incluye todos los conocimientos, experiencia, modo de operar, técnicas utilizadas y fórmulas para alcanzar la mayor productividad dentro del centro de trabajo de que se trate y que ha sido creado por dicha franquicia como institución. Sin embargo, el hecho de registrarlo y protegerlo en los términos de la Ley Federal de Derechos de Autor implica el dar a conocer todo lo contenido de los propios manuales que son los que comprenden el *know how* y que también son considerados como secretos industriales.

Aún cuando los derechos derivados de dichos manuales se encuentren protegidos, muchas personas diferentes a las que son los destinatarios de los mismos tendrán acceso a la información en ellos contenida, por lo que bajo este esquema, es mi recomendación que los manuales que proporcione el franquiciante al franquiciatario, así como toda la información de carácter técnico que comprenda o pueda comprender el know how de la franquicia sea considerada y se le dé el tratamiento de secreto industrial en los términos de la Ley de la Propiedad Industrial y de su reglamento.

Por otro lado, también se encuentra el software que proporcione el franquiciante al franquiciatario el cual también será parte de la asistencia técnica y le ayudará a alcanzar una mayor productividad y eficiencia en la actividad a que dicha franquicia se dedique. Sin embargo, el software es una obra intelectual que es susceptible de protección en materia de derechos de autor y se debe de proteger. En este sentido, la Ley Federal de Derechos de Autor establece la posibilidad de registrar y proteger el software obra intelectual de carácter técnico.

6. El Código de Comercio y la Ley General de Sociedades Mercantiles;

a) Código de Comercio:

Siendo la franquicia un contrato de naturaleza mercantil, las partes contratantes, al igual que sus actos, se sujetaran a las disposiciones que establece la ley mercantil.

Dicho ordenamiento le otorga tanto al franquiciante, como al franquiciatario el carácter de comerciantes, siendo sus obligaciones: la publicación de la calidad mercantil, artículo 17 del Código de Comercio; inscripción al Registro Público de Comercio, artículos 18 al 32 del Código de Comercio; llevar una contabilidad mercantil, artículos 33 al 46 del Código de Comercio; así como la conservación de su correspondencia, artículos 47 al 50 del Código de Comercio.

Finalmente el Código de Comercio en su artículo 75, fracción I, II y V a VIII enumera los actos de comercio; y además señala normas aplicables a los contratos mercantiles en general, dentro de las cuales se equipara la franquicia, artículos 77 al 88 del Código de Comercio.

b) Ley General de Sociedades Mercantiles:

La Ley General de Sociedades Mercantiles rige a las personas colectivas comerciantes, las cuales, como ya hemos dicho, podrán ser tanto el franquiciante como el franquiciatario, es decir, quienes constituyen los elementos personales en el contrato de franquicia.

De esta forma, las personas físicas que deseen unirse para llevar al cabo un fin común podrán hacerlo a través de cualquiera de los tipos de sociedades establecidas en el artículo 1° de la ley antes mencionada, aunque las más usuales son, en primer lugar, la sociedad anónima y en segundo lugar la sociedad de responsabilidad limitada. Uno de estos fines podría ser precisamente el participar en sistemas de franquicias y celebrar los contratos respectivos para tal efecto, así como la distribución de bienes y/o la prestación servicios de manera exclusiva como lo prevén los contratos de franquicia.

Además de regir a las sociedades mercantiles, esta ley también establece la manera a través de cual las sociedades extranjeras pueden llevar al cabo actos de comercio de manera habitual dentro de la República Mexicana, artículos 250 y 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

"Artículo 250.- Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la república".

"Artículo 251.- Las sociedades extranjeras solo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el registro.

La inscripción sólo se efectuara previa autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, en los términos de los artículos 17 y 17 a de la Ley de Inversión Extranjera.

(...)"

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Estas sociedades extranjeras podrían ser, en todo caso, franquiciantes que desean iniciar operaciones en el mercado mexicano, y por tal motivo, podrían requerir realizar actos de comercio dentro del territorio nacional.

Por otro lado, esta ley también cuenta con un capítulo que regula específicamente la Asociación en Participación, (artículos 253 al 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), que la definen como "... un contrato a través del cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio", artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Figura a través de la cual las partes integrantes de dicho convenio podrían, en su caso, optar por ingresar a un sistema de franquicia.

7. La Ley Federal de Protección al Consumidor;

El objeto de dicha Ley se encuentra consignado en su precepto 1° párrafo segundo que señala: "Promover y proteger los derechos del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores".

En cuanto al tema que nos ocupa, esta Ley, en su artículo 2° fracción II, establece que los franquiciantes y los franquiciatarios tienen el carácter de proveedores, es decir, "la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios".

Los franquiciatarios, además, se sujetarán a las normas que regulen a las actividades inherentes a determinadas negociaciones de tipo mercantil, entre las que se encuentran: lo relativo a información y publicidad, artículos 32 al 45 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

"Artículo 32.- La información o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y

exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por su inexactitud."

Las promociones y ofertas, que efectúen los franquiciantes y franquiciatarios en la venta de productos, y servicios materia del contrato artículos 46 al 50 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

"Artículo 46.- Para los efectos de esta ley, se consideran promociones las prácticas comerciales consistentes en el ofrecimiento al público de bienes o servicios:

(...)"

A los servicios, artículos 57 al 63 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

"Artículo 57.- En todo establecimiento de prestación de servicios, deberá exhibirse a la vista del público la tarifa de los principales servicios ofrecidos, con caracteres claramente legibles. Las tarifas de los demás, en todo caso, deberán estar disponibles al público."

Al tiempo compartido, artículos 64 y 65 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

"Artículo 64.- La prestación del servicio de tiempo compartido, independientemente del nombre o de la forma que sé de al acto jurídico correspondiente, consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por periodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de estos."

En su caso, de operaciones con inmuebles, artículos 73 al 76 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

"Artículo 73.- Los actos relacionados con inmuebles solo estarán sujetos a esta ley cuando los proveedores sean fraccionadores o constructores de viviendas destinadas a casa habitación para venta al público o cuando otorguen al consumidor el derecho de usar inmuebles mediante el sistema de tiempo compartido, en los términos de los artículos 64 y 65 de la presente ley."

Todo esto con la salvedad de que la franquicia tenga estos objetos; y por último, las disposiciones referentes a los contratos de adhesión, artículos 85 al 90 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

"Artículo 85.- Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista."

Esta Ley pretende dar un equilibrio sano en las relaciones de proveedores y consumidores, favoreciendo a la larga a ambas partes, ya que el proveedor venderá sus productos y prestará sus servicios y los consumidores satisfecerán sus necesidades, dentro de un marco legal menos proteccionista.

8. La Ley Federal del Trabajo;

La Ley Federal del Trabajo resulta sumamente importante en los contratos de franquicia pues las relaciones laborales que sostengan las partes con sus empleados serán totalmente independientes del contrato de franquicia. Es decir, el franquiciatario será responsable de cualquier obligación laboral que le sea aplicable frente a sus empleados de manera independiente al franquiciante, quien también será responsable laboralmente pero únicamente respecto a sus propios empleados y de ninguna manera respecto de los empleados del franquiciatario. No se mezclarán las relaciones laborales

entre franquiciante y franquiciatario y mucho menos las obligaciones que de ellas deriven respectivamente.

De esta forma, el franquiciante no será responsable de ninguna manera respecto de cualquier obligación de tipo laboral a cargo del franquiciatario y viceversa, incluyendo sin limitación el pago de cuotas al Instituto Mexicano del Seguro Social, al Instituto Nacional del Fondo para la Vivienda de los Trabajadores así como del Sistema de Ahorro para el Retiro.

La generalidad de los contratos de franquicia contendrá una cláusula exclusivamente para delimitar las responsabilidades laborales de cada parte y obligándose a sacar en paz y a salvo a la otra parte de cualquier conflicto de naturaleza laboral que pudiere surgir con empleados que no sean propios.

Tanto el franquiciante como el franquiciatario, serán únicamente responsables de sus propios empleados, en los términos que cada uno de ellos haya establecido con el propio empleado o, en su defecto, en los términos de la Ley Federal del Trabajo y de cualquier otra disposición que les sea aplicable.

9. La Ley del Impuesto Sobre la Renta donde se grava a la franquicia, es decir en el ingreso derivado de la franquicia por conceptos de pagos de regalías y por el uso y explotación de marcas principal y respectivamente.

10. El Código Civil ya que es la legislación en materia común supletoria, directa o indirectamente, de la legislación antes mencionada, además de la forma en que tiene injerencia en el contrato de franquicia como ya se ha explicado a lo largo de este trabajo.

Tales normas se refieren a la capacidad de las partes, artículos 1798 y 1799 del Código Civil para el Distrito Federal; a la representación de las mismas, artículos 1800 y 1802 del Código Civil para el Distrito Federal; al consentimiento y sus vicios, artículos

1803 al 1811 del Código Civil para el Distrito Federal; al objeto y motivo de los contratos, artículos 1824 al 1831 del Código Civil para el Distrito Federal; así como la forma de su celebración, artículos 1832 al 1834 del Código Civil para el Distrito Federal.

11. Los tratados y acuerdos internacionales, que regulen elementos del contrato de franquicia, entre los cuales podríamos encontrar, principalmente, la propiedad industrial e intelectual y la regulación para evitar la doble tributación.

Podríamos mencionar que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 20 de diciembre de 1993, fue el principal punto de partida entre México, los Estados Unidos y Canadá.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte establece obligaciones substanciales relativas a la propiedad intelectual, las cuales fundamentan en el trabajo realizado por el GATT y los convenios internacionales más importantes sobre la materia. Cada País protegerá adecuada y efectivamente los derechos de propiedad intelectual con base en el principio del trato nacional, y asegurara el cumplimiento efectivo de estos derechos, tanto a nivel nacional como en las fronteras.

El tratado define compromisos específicos sobre la protección de derechos de autor, incluyendo fonogramas, patentes, marcas, derechos de los obtentores de vegetales, diseños industriales, secretos industriales, circuitos integrados (semiconductores), e indicaciones geográficas.

Además esta sección establece reglas para proteger las marcas de servicios al mismo nivel que las de productos, las señales codificadas emitidas por satélites, en contra de su uso ilegal, los secretos industriales en general, así como la protección contra la divulgación por parte de las autoridades competentes resultados presentados por las empresas relativos a la seguridad y eficacia de sus productos farmacéuticos o agroquímicos, los circuitos integrados tanto en si mismos, como a los bienes que los

incorporen y las indicaciones geográficas, para proteger a los titulares de las marcas y evitar inducir al público a error.⁹⁴

El artículo 1701 establece que cada una de las partes otorgara en su territorio a los nacionales de otra parte, protección y defensa de los derechos de propiedad intelectual.

Con objeto de otorgar dichas protección y defensa, deberán observarse las disposiciones sustantivas siguientes:

- a) El Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, 1971.
- b) El Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, 1971.
- c) El Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, 1967, y;
- d) El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, 1978 (Convenio UPOV), o la Convención Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas, 1991. (Convenio UPOV).⁹⁵

De acuerdo con el artículo 1703 del Tratado en comento, se especifica en qué consiste el tratado nacional, refiriéndose a que cada una de las partes otorgará a los nacionales de otra parte, trato no menos favorable del que conceda a sus propios nacionales, en materia de protección y defensa de todos los derechos de propiedad intelectual.

En lo referente a las marcas, se establecen las siguientes disposiciones, conforme al artículo 1708 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN):

94 Cfr. Castrejón G. Gabino E., *Tratado Teórico...*, Op. cit., pp. 702-703.

95 Cfr. Texto Oficial.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Segunda Reimpresión de la Segunda Edición.

Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2002, Art. 1702.

- Cada una de las partes otorgará al titular de la marca registrada el derecho de impedir, a todas las personas que no cuenten con el consentimiento del titular, usar en el comercio signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los cuales se ha registrado la marca del titular, cuando dicho uso genere confusión.

- Cada una de las partes podrá supeditar la posibilidad de registro al uso. No obstante, la solicitud de registro no estará sujeta a la condición de uso efectivo de una marca. Ninguna de las partes denegará una solicitud solamente con fundamento en que el uso previsto no haya tenido lugar antes de la expiración de un periodo de tres años contados a partir de la fecha de solicitud de registro.

- Cada una de las partes estipulará que el registro inicial de una marca tenga cuando menos una duración de diez años y que pueda renovarse indefinidamente por plazos no menores de diez años.

- Cada una de las partes exigirá el uso de una marca para conservar el registro. El registro podrá cancelarse únicamente después de que transcurra, como mínimo, un periodo ininterrumpido de falta de uso de dos años, a menos que el titular de la marca presente razones validas apoyadas en la existencia de obstáculos para el uso, tales como: restricciones a la importación u otros requisitos gubernamentales aplicables a bienes o servicios identificados por la marca.

- Para fines de mantener el registro, cada una de las partes reconocerá el uso de la marca por una persona distinta al titular de la marca, cuando dicho uso de la marca esté bajo control del titular.

- Cada una de las partes negará el registro de las marcas que contengan elementos inmorales, escandalosos o que induzcan a error o elementos que

puedan denigrar o menos preciar a instituciones, creencias, símbolos nacionales de cualquiera de las partes.

Estas disposiciones se asimilan a las contenidas en los tratados anteriormente citados.

“En materia de propiedad industrial, el tratado incorpora los avances legislativos mexicanos y compromete a las partes a cumplir con sus obligaciones internacionales contraídas en el marco del GATT⁹⁶ y en otros foros internacionales.

El TLCAN significara para los contratos de franquicia una mayor facilidad para la importación y exportación de los bienes y servicios materia de los mismos, también constituirá un marco jurídico apropiado para las franquicias en lo que se refiere a la liberación de aranceles y flujo de maquinaria, equipos, materia prima, productos terminados y prestadores de servicios profesionales, es decir, de personal que pueda proporcionar el entrenamiento en el inicio de operación de las franquicias. Algunos de los sectores de la economía no tienen todavía una liberación arancelaria total, pero en un plazo corto o mediano se permitirá el comercio y circulación de dichos bienes y servicios.

C. LA FRANQUICIA Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Estimo que el otorgamiento de una franquicia como tal, es un contrato, según se desprende de nuestro Código Civil Federal. No coincido con Sánchez Medal en cuanto a que la diferencia en la actualidad entre convenio y contrato es bizantina.⁹⁷ El mencionado ordenamiento establece en el artículo 1792: “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”, y el artículo 1793: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contrato”.

96 En la firma del acta final de la ronda de Uruguay, el 15 de abril de 1994 se prevé como punto de partida para la Organización Mundial del Comercio (OMC), la fecha del 1 de enero de 1995.

97 Cfr. Sánchez M. Ramón. Op. cit., p. 4.

Al celebrar el contrato de franquicia evidentemente se crean derechos y obligaciones para el franquiciante y el franquiciatario, asimismo se transmiten o transfieren derechos y obligaciones, como es el caso de transmisión del derecho de uso de la marca hacia el franquiciatario y por supuesto al celebrar dicho contrato se manifiesta el acuerdo de ambas partes, ya sean personas físicas o morales.

Para determinar la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, es necesario iniciar nuestro estudio a partir del derecho civil. La razón de esto es precisamente que todo contrato entre particulares encuentra su fundamento, sus principios y su regulación principal en el derecho civil.

“El contrato es la fuente ordinaria de las obligaciones entre personas, sin importar que estas sean físicas o morales. Los contratos se extienden tanto a las relaciones entre personas como a los bienes e incluso a la familia”.⁹⁸

“La distinción entre los contratos civiles y los contratos mercantiles resulta indispensable en nuestro estudio en virtud de que es determinante tanto para la vía procesal como respecto de algunas cuestiones de fondo”.⁹⁹

La definición de contrato la encontramos precisamente en el artículo 1793 del Código Civil Federal, ordenamiento jurídico que lo define en los siguientes términos.

“Artículo. 1793. Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos reciben el nombre de contratos”.

En este sentido podemos establecer que el contrato de franquicia produce y transfiere derechos y obligaciones entre las partes contratantes.

⁹⁸ Ibidem. p. 3.

⁹⁹ Ibidem. p. 105.

No obstante lo anterior, hay ciertos elementos con que debe contar un contrato tanto para su existencia como para su validez, sin importar si es civil o mercantil. Estos elementos son, de conformidad con nuestro Código Civil Federal.

En su artículo 1794 lo siguiente:

1. Elementos de existencia: el consentimiento y el objeto.

En su artículo 1795 lo siguiente:

2. Elementos de validez: la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la forma y el motivo o fin determinante de la voluntad.

Respecto de los primeros, los podemos aplicar directamente al contrato de franquicia sin necesidad de alteración alguna. El consentimiento se traduce en la voluntad de las partes para obligarse en términos del contrato de franquicia y se manifestara a lo largo del instrumento contractual, especialmente en las declaraciones que efectúen las partes y concluirán al momento de estampar su firma.

“El objeto del contrato de franquicia lo constituye precisamente la creación o transmisión de derechos y obligaciones entre las partes contratantes que, desde el punto de vista del franquiciante implican, en términos generales, la obligación de otorgar la licencia de uso de una marca o nombre comercial, según sea el caso, así como la asistencia técnica necesaria, a cambio del pago de una contraprestación, es decir, del pago de regalías”.¹⁰⁰

En cuanto a los elementos de validez podemos señalar que:

a) Respecto de la capacidad, las partes requieren fundamentalmente de capacidad general en términos de la legislación civil en relación con la legislación mercantil que señalan, respectivamente, que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, artículo 1798 del Código Civil Federal.

¹⁰⁰ Arce G., Javier. El Contrato..., Op. cit., p. 29.

Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo, artículo 5° del Código de Comercio.

b) En cuanto a la ausencia de vicios, se aplicarán tanto el error, el dolo y la violencia tal y como se aplican en materia civil. Por lo que respecta a la lesión, el Código de Comercio, en su artículo 385 señala que los contratos mercantiles no se rescindirán por esta causa a contrario sensu de los contratos civiles.

c) La forma del contrato de franquicia debe ser escrita. Esto se deduce, principalmente, de la Ley de la Propiedad Industrial ya que dicho ordenamiento jurídico establece la obligación, a cargo de las partes en el contrato de franquicia, de registrar, ante las autoridades competentes, tanto el contrato de franquicia como la licencia de uso de la marca con el objeto de que dicha licencia pueda tener efectos contra terceros, y el licenciatario no se vea afectado en sus derechos.

Dicha autoridad competente es el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. No obstante lo anterior, para que la licencia de uso de la marca pueda ser objeto de registro, es necesario previamente, registrar la marca en cuestión, ante el propio Instituto, artículo 6° de la Ley de la Propiedad Industrial.

d) Respecto del fin o motivo determinante de la voluntad, este siempre será, para el franquiciante, expandir su negocio a través de la menor inversión posible y para el franquiciatario será el de tener su propio negocio, con un prestigio (la marca) y que cuente con elementos tales como la experiencia y la tecnología para que tenga éxito (la asistencia técnica).

El contrato de franquicia tiene particularidades propias que no permiten asimilarlo a los contratos típicos ya existentes o a otras novedosas figuras mercantiles nacidas en la práctica de los negocios y que se celebran frecuentemente en México.

En aquellos contratos de franquicia para la formación y desarrollo de una negociación, además de las características generales que hemos señalado, el énfasis principal del contrato está centrado en la búsqueda de la uniformidad del producto o servicio, la licencia de uso de la marca, (nombre comercial), el control de calidad, todo ello envuelto en las relaciones propias de un contrato de licencia de marca con transferencia de conocimientos técnicos.

“Si se pretende celebrar un contrato similar a la franquicia que no incluye licencia de alguna marca, en términos de nuestra Ley de la Propiedad Industrial, no tendría el carácter de contrato de franquicia sino que será otro contrato atípico.”¹⁰¹

D. EL CONTRATO DE FRANQUICIA

La franquicia no es tan solo un método de mercadotecnia y distribución. Es una amalgama de dos partes distintas: el franquiciante y el franquiciatario, quienes establecen una relación de negocios única y compleja.

“Los franquiciantes constituyen una categoría especial de empresarios. No se concretan a vender un producto o un servicio; también deben conocer el mercado en el que participarán sus franquiciatarios y desarrollar el programa de franquicias en beneficio de éstos”.¹⁰²

Para entender claramente el contrato de franquicia primero definiremos que se entiende por contrato en general, ya que es preciso partir del conocimiento, y que para tal efecto, el artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”.

101 Arce G., Javier. El Contrato..., Op. cit., p. 64.

102 Huerto Lange, Juan.

Los Franquiciantes,

México, Revista en Expansión, Mayo 26, 1991, p. 91.

A su vez, el artículo 1793 del mismo ordenamiento dispone que:

"Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos"

De lo anterior se desprende que el convenio tiene dos vertientes, una en sentido positivo, es decir, crea y transfiere obligaciones y otra en sentido negativo, que modifica y extingue obligaciones. Correspondiendo al contrato sólo la creación de derechos y obligaciones. La primera acepción es en sentido amplio y la segunda en sentido restringido, en otras palabras el convenio es el género y el contrato la especie.

Asimismo se desprende una tercera opción: El convenio en sentido estricto, es decir, el convenio que modifica y extingue obligaciones.

Como el acto jurídico que es, el contrato consta de elementos de existencia y de requisitos de validez.

En este orden de ideas, el artículo 1794 del código en comento, establece que para la existencia del contrato se requiere:

"I. Consentimiento.

II. Objeto que pueda ser materia del contrato".

Los requisitos de validez del contrato, interpretados a contrario sensu respecto del artículo 1795 del Código Civil son los siguientes:

"I. Capacidad legal de las partes que intervienen en el acto.

II. Ausencia de vicios del consentimiento.

III. Objeto, motivo o fin ilícito.

IV. El consentimiento de las partes manifestados en la forma exigida por la ley."

Si no se dan los elementos de existencia, se declarara inexistente el contrato, pero si se cumplen, tendrá a su vez que cumplir con ciertos requisitos de validez determinados por la ley, para alcanzar la plenitud de sus efectos jurídicos, en caso contrario, el acto no será inexistente, pero si nulo.

“Lo que hace a una franquicia es su condición de producto estudiado, confiable, con manuales de operación completos, racional, que no tenga huecos. Algo que pueda llamarse un concepto.”¹⁰³

La relación entre franquiciante y franquiciatario se plasma en un contrato que se denomina contrato de franquicia. En el se establecen en forma detallada las obligaciones y derechos de las partes y se definen con claridad las reglas a las que ambas partes se someten y que como se ha mencionado, son muy diferentes a las previstas en otros tipos de contratos.

1. Clases de contratos:

a) Contrato de franquicia unitaria.- En la que el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un solo establecimiento, usualmente en una localidad específica en un territorio designado.

b) Contrato de área de desarrollo de franquicia.- Donde el franquiciatario tiene el derecho exclusivo de abrir un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico.

c) Contrato de opción.- En el que el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un establecimiento y por una cuota adicional, puede abrir otro establecimiento más o varios establecimientos adicionales en un plazo futuro señalado en la opción.

103 Eduardo Assael; citado por Dino Rozenberg:
Sutilezas que Hacen la Diferencia,
Revista en Expansión, México, Noviembre 11, 1992, p. 136.

Usualmente el precio o cuota de opción adicional para el nuevo establecimiento es ventajoso para el franquiciatario.

d) "El contrato de subfranquicia.- Que se asemeja a la franquicia de área de desarrollo, excepto que el franquiciante- subfranquiciante otorga el derecho (la obligación) de vender franquicias dentro del territorio nacional, exclusivo que se le ha concedido".¹⁰⁴

La subfranquicia puede darse en el contrato de franquicia como un medio por el que el contrato principal u original se desdobra en otro o varios contratos. En el contrato de subfranquicia el concesionario se convierte en subfranquiciante del subfranquiciatario y no siempre es necesario que, para cada caso concreto, intervenga el franquiciante original.

El contrato de subfranquicia se produce en aquellos contratos de franquicia en los que el territorio o espacio geográfico concedido es del tipo de área de desarrollo de franquicia, para que el franquiciatario, dentro del área autorizada pueda conceder subfranquicias.

El subcontrato de subdistribución surge pues, como una consecuencia natural de la esencia misma del contrato básico y es frecuentísimo en la práctica, por las posibilidades que brinda para la apertura de nuevos mercados al producto o mercancías que se trata de inducir. Siendo evidente, que las mismas notas de exclusividad, limitación territorial y actuación en nombre propio, han de darse en el subcontrato de distribución que surge y se deriva de uno anterior de su misma naturaleza.

Por tanto, elementos propios de esta figura de subfranquicia, serán:

I.- Un contrato principal de franquicia entre franquiciante (original) y franquiciatario.

¹⁰⁴ Arce G., Javier. *El Contrato...*, Op. cit., pp. 15-16.

II.- Un contrato derivado, subcontrato de franquicia, entre franquiciatario que es subfranquiciante, y un nuevo franquiciatario que se convierte en subfranquiciatario.

III.- Autorización general del franquiciante original para que el franquiciatario (subconcedente), subcontrate (franquicia de desarrollo de área); o autorización expresa y concreta para cada caso de subcontratación.

IV.- "La misma naturaleza del contrato de franquicia y el contenido, límites, plazo, condiciones similares o iguales, entre la franquicia y la subfranquicia, de modo que este último no rebase los límites del contrato original o principal de franquicia."¹⁰⁵

e) "Existen contratos directos (single unit franchise) o de contratos maestros (master franchises), los cuales no deben confundirse con los contratos de desarrollo (development), que como su nombre lo dice, conceden el derecho exclusivo para desarrollar o construir un número preestablecido de franquicias dentro de un territorio".¹⁰⁶

"Se ha caído frecuentemente en la confusión de que las franquicias funcionan exclusivamente bajo la concesión de un nombre comercial o marca, los contratos de licencia de marca o nombre comercial son usualmente muy sencillos y sus cláusulas sumamente limitadas".¹⁰⁷

Por lo que hace, a su similitud y diferencias con la simple licencia de marcas o nombres comerciales, se puede asegurar que es alarmante la confusión que he observado en mucha gente con relación a las dos figuras y desafortunadamente, no anticipamos que dicha confusión se disipe en países como México. Los hombres de negocios mexicanos han vivido por años con licencia de marcas; ha sido entonces,

105 Arce G., Javier. El Contrato..., Op. cit., p. 46.

106 González C., Enrique y Rodrigo. Op. cit., p. 66.

107 Ibidem. p. 72.

bastante común encontrar que al referirse a una franquicia, están hablando de una franquicia de marcas.¹⁰⁸

También hay que establecer que la distribución, como contrato, y la franquicia son dos cosas distintas. La distribución y el simple contrato de distribución no son, ni con mucho, lo mismo que una franquicia. La franquicia fue concebida para resolver los problemas de distribución y con el paso del tiempo y la complejidad del comercio, evolucionó como una forma de hacer negocios independientes.

Es justo decir que la redacción del contrato de franquicia no le corresponde ni es responsabilidad del sujeto interesado en adquirirla si no del que la ofrece, en la preparación y adopción de un modelo de contrato de franquicia, el franquiciante debe saber evaluar todo aquello a lo que estará dispuesto a obligarse ante sus franquiciatarios, e incluir todo aquello que estará resuelto a exigir de estos últimos con el propósito de dos objetivos fundamentales; obtener la retribución justa por la licencia de su marca y la transferencia de su tecnología y la adecuada protección y mejoramiento de su sistema que incluye a sus marcas y el Know-How, que constituyen la columna vertebral de la franquicia.¹⁰⁹

Para la elaboración adecuada del contrato, a continuación se establece el típico, el cual reúne los elementos más importantes, y que a lo largo de este trabajo he definido con el fin de entender y razonar el contrato de franquicia:

- *Índice de un contrato de franquicia
- *Considerandos
- *Objeto, licencia de sistemas
- *Plazo o vigencia del contrato
- *Obligaciones del franquiciante
- *Contraprestación, pago de regalías

108 Cfr. *Ibidem*, p. 23.

109 Cfr. *Ibidem*, p. 75.

- *Operaciones del negocio franquiciado
- *Marcas
- *Manuales
- *Información confidencial
- *Publicidad
- *Contabilidad y Archivos
- *Seguros
- *Transmisiones y gravámenes
- *Incumplimiento y terminación
- *Obligaciones en caso de terminación o vencimiento
- *No competencia
- *Impuestos y permisos
- *Independencia de los contratantes e indemnización
- *Autorizaciones, notificaciones, renunciaciones, recursos acumulativos
- *Fuerza mayor
- *Integridad del contrato
- *Modificaciones, encabezados
- *Ley aplicable, jurisdicción
- *Registros¹¹⁰

Según el maestro Pengilley, cuando el franquiciante prepara un contrato de franquicia maestro, con frecuencia lo ofrecerá sobre la base de "tómalo o déjalo", siendo mucho más flexible cuando se trata del contrato para un solo establecimiento.¹¹¹

En mi opinión este criterio es totalmente contrario a la realidad pues consideramos que será el contrato de franquicia maestro el más negociado por las partes ya que el franquiciante tendrá que ser mucho más flexible. Esto se debe a que el franquiciante normalmente ingresa a un nuevo estado, en donde no conoce la legislación, las

¹¹⁰ Cfr. *Ibidem*.

¹¹¹ Cfr. WARREN PENGILLEY:

"International Franchising Arrangements in their Negotiations";

(Traducción de Francisco Carrillo Sánchez), In *Northwestern Journal of International Law & Business*; Northwestern University, United States of America, Fall Winter 1985., Vol. 7, No. 2, p. 194.

restricciones ni las políticas de inversión. Asimismo, tampoco conoce el mercado, sus condiciones y sus necesidades. En todos estos aspectos el franquiciatario le lleva una gran ventaja pues es su país y él sabe como hacerlo y, más aún, habrá aspectos de la franquicia que no se podrán aplicar de manera literal como se hace en el lugar de origen de la franquicia, sino que deberán ser adaptadas al estado de que se trate, pero siempre conservando la idea de que la franquicia maestra es una repetición del negocio del franquiciante maestro y que, como tal debe de cumplir con todos los requisitos del primero, especialmente por lo que se refiere a la uniformidad en todos sus aspectos.

En caso de que se presente un incumplimiento a las obligaciones de cualquiera de las partes, la otra tendrá derecho a ejercer las acciones que correspondan, según el incumplimiento de que se trate.

Genéricamente podemos hablar que el primer derecho que tendrá la parte que ha cumplido a la parte que ha incumplido es el pago de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le ha causado. Por daños debemos entender lo que al efecto establece la legislación civil:

El artículo 2108 del Código Civil Federal, establece que se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Y por perjuicio se entiende cualquier ganancia lícita que se hubiere dejado de percibir. El perjuicio puede ser consecuencia del daño, es decir, siempre que hay perjuicio hay daño pero no a contrario sensu, artículo 373 del Código Civil Federal.

Para que se pueda exigir el pago de daños y perjuicios, estos deben de ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento en que haya incurrido una de las partes.

Por otro lado, tal y como lo establece la legislación mercantil, en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o de cortesía por lo que las obligaciones de las partes deben de cumplirse en los términos en que se pactaron. En este sentido es importante destacar que cada uno se obliga en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos, artículo 78 del Código Civil Federal.

En algunos casos se podrá exigir el cumplimiento forzoso de la obligación incumplida, pero en algunos otros esto será imposible, por lo que en muchas ocasiones se establecerán penas convencionales para el caso de incumplimiento. No obstante, sólo se podrá exigir el cumplimiento forzoso o el pago de la pena convencional, pero en ningún caso se podrán exigir ambos, ya que una acción extingue a la otra, artículo 88 del Código Civil Federal.

En caso de elegirse el pago de la pena convencional, también podrá solicitarse la rescisión del contrato. Cuando cualquier caso de incumplimiento se presente, se podrá además de lo anterior, pedir la rescisión del contrato.

“La rescisión es la resolución de un contrato bilateral plenamente válido a causa del incumplimiento culpable de una de las partes”.¹¹²

Según como se establezca en el contrato de franquicia de que se trate, la rescisión podrá llevarse a cabo mediante la declaración que haga una de las partes en contra de la parte que ha incumplido. Sin embargo, la parte que ha incumplido puede impugnar dicha declaración y entonces la resolución final la tendrá que emitir la autoridad judicial correspondiente.

112 Bejarano Sánchez, Manuel.
Obligaciones Civiles,
Quinta Edición
Editorial Oxford, Colección Textos Jurídicos Universitarios;
México, 2002, p. 392.

“El principal efecto de la rescisión es la destrucción de la relación jurídica entre franquiciante y franquiciatario, privándola de efectos y retrotrayendo, en la medida en que sea posible, los efectos y consecuencias a la fecha anterior a su celebración”.¹¹³

Sin embargo, existen efectos que no serán restituibles, por ejemplo, el franquiciante no devolverá al franquiciatario los pagos que por concepto de regalías haya efectuado ya que eso constituiría devolver el aprovechamiento del know how y de la marca o nombre comercial.

La mayoría de los efectos extintivos en el contrato de franquicia solo serán para el futuro.

E. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia se clasifica en cuanto a las características particulares del mismo, resulta ser:

Mercantil: Ya que las partes que intervienen en la celebración del contrato de franquicia son comerciantes, y evidentemente el propósito de celebrar un contrato constituye una especulación comercial, según lo que establece el Código de Comercio en su artículo 75.

“La ley reputa actos de comercio:

I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajos o labrados;

II. Las compras y ventas de bienes, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;

(...)

V. Las empresas de abastecimientos y suministros;

113 *Ibidem.* p.393.

- VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
 - VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;
 - VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;
- (...):

Bilateral: Por que en virtud de la celebración del contrato de franquicia se da nacimiento a derechos y obligaciones para ambas partes de dicho contrato. El artículo 1836 del Código Civil, establece que:

"El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente."

En las obligaciones recíprocas en el caso de que una de las partes no cumpla la obligación pactada o simplemente se allane al cumplimiento de dicha obligación, no tendrá la facultad de exigir a la otra parte el cumplimiento de su obligación; se demandara a la otra parte, esta opondría la excepción de contrato no cumplido, lo que no se presenta en los contratos unilaterales puesto que en estos sólo una de las partes se obliga y cuando no cumple la obligación, la otra parte puede exigir judicialmente el cumplimiento sin que le pudiesen oponer la excepción de contrato no cumplido, pues el que demandó no tiene por su parte ninguna obligación que cumplir.

Oneroso: Puesto que existe una reciprocidad en cuanto a las ventajas y provechos así como cargas y gravámenes. Por lo general los contratos bilaterales son en su mayoría onerosos y como se define en el artículo 1837 del Código Civil.

"Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes."

De colaboración: Conforme a una clasificación de los contratos mercantiles, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra. En el caso del contrato de franquicia tanto el franquiciante como el franquiciatario tienen el objetivo común de vender un bien o brindar un servicio.

Intuitu personae: Se celebra basándose en las características personales de las partes, es decir objetivamente sobre la base de la confianza.

Formal: Podemos afirmar que el contrato de franquicia es formal en oposición a consensual ya que aunque la ley no le impone que deba ser por escrito, dada la complejidad del contrato y las múltiples especificaciones dentro del mismo, el otorgarlo verbalmente es ciertamente un gran problema, que en el caso de incumplimiento de una de las partes sería mayor.

Es de largo plazo o de tracto sucesivo: Sus prestaciones se cumplen en el tiempo, ya que este contrato establece que el cumplimiento de las prestaciones y obligaciones será por un periodo determinado, lo que significa que sus efectos se producirán a través del tiempo.

Es innominado: Puesto que el contrato de franquicia carece de una reglamentación legal bien definida. El artículo 1858 del Código Civil Federal, establece que; "Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento."

Es Generalmente de adhesión: En virtud de que una de las partes (franquiciante) elabora unilateralmente el contrato y a la otra sólo se le deja la posibilidad de aceptar todas las obligaciones impuestas por el franquiciante en el contrato de franquicia.

Es consensual en oposición a real, ya que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del contrato de franquicia.

Es principal puesto que el contrato de franquicia tiene existencia y validez por si mismo, lo que significa que no tenga dependencia con ningún otro tipo de contrato.

Es Conmutativo: El artículo 1838 del Código Civil, señalan que, " El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que le cause éste...", por lo que consideramos que el contrato de franquicia puede clasificarse como contrato conmutativo y no como aleatorio.

Es un contrato definitivo: Porque las partes que intervienen en la celebración del contrato de franquicia no necesitan realizar un contrato posterior.

Es un contrato mixto: Ya que, aunque es un contrato autónomo sus diferentes elementos intrínsecos se encuentran contemplados en los preceptos correspondientes a distintas clases de contratos nominados.

"Es atípico porque no se encuentra regulado por la Ley, no obstante en base a la referencia que del mismo realiza el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial."¹¹⁴

114 Castrillón L., Víctor M., Contratos..., Op. cit., p. 458.

CAPITULO CUARTO

IV. PERSPECTIVA DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO

Es conveniente hacer algunas consideraciones que permitan hacer juicios concretos respecto a las perspectivas que puedan llegar a caracterizar al Sistema Nacional de Franquicias.

Siempre el principal motivo es el deseo de expansión del negocio y la mejora en las ganancias económicas.

- Desarrollar sucursales propias: Lo anterior representa una gran inversión a través del sistema de franquicias, la inversión es mucho menor y los beneficios mayores.

- Contratos de asociación: Al intervenir dos partes de igual a igual, el dueño de la marca pierde control sobre la misma, mientras que en el contrato de franquicia, el franquiciante unilateralmente define las condiciones de operación y administración del negocio, lo cual implica un mayor control sobre el mismo.

- Crecimiento mediante una distribución generalizada.

México es un país joven, ya que cuenta con una población cuyo 64% es menor de 24 años, pero que a la vez tiene profundas raíces culturales y un espíritu de alta dedicación y trabajo para poder competir, características que ofrecen una base sólida para soportar las operaciones de franquicias.

Adicionalmente, México cuenta con una situación geográfica que brinda excelentes oportunidades de negocios, tanto para los inversionistas extranjeros como para los nacionales.

Podríamos considerarle como puente entre las culturas y los países que se encuentran al norte y al sur de nuestras fronteras, constituyéndose así en el medio

idóneo para que las franquicias del resto de Norteamérica se adapten al mercado mexicano para, poder después, ser fácilmente implantadas en el resto de los países de América Latina.

La misma consideración podría hacerse respecto a la ubicación geográfica y la relación con Europa, encontrando en España una puerta natural (el idioma principalmente).

La participación de México como miembro de la APEC (Asia-Pacific-Economic Cooperation), igualmente viene a constituirse en una nueva gran posibilidad, para que las franquicias lleguen a formar parte de las relaciones comerciales entre los 18 países que forman dicha organización.

Dado que el país ha venido experimentando tres etapas en el desarrollo del sistema:

1. Importación de nombre y tecnologías.
2. Tropicalización de las franquicias importadas y creación de la tecnología mexicana.
3. La internacionalización de las franquicias mexicanas; en la actualidad, ya existen franquicias mexicanas que están teniendo aceptación en el extranjero como: Helados Bing, Taco Inn, Vips, El Pollo Loco, Maseca, etc.

El Tratado Comercial México-Colombia-Venezuela con Costa Rica y la apertura de las relaciones a solicitud de Colombia, Perú y en ciertas forma la Republica de Chile, se muestran como campos naturales para que México pueda hacer presencia con su propia tecnología de la franquicia.

Con la aprobación del Tratado de Libre Comercio y la estabilización política que se ha alcanzado, decenas de franquicias norteamericanas y canadienses se encuentran en "Posición de Arranque" para venir a México con toda la infraestructura y tecnología de punta.

El desarrollo de las Franquicias en México ha tenido un crecimiento explosivo durante los últimos años, propiciado por diversos factores que han convertido a nuestro país en un terreno muy fértil para el auge de esta forma de negocios, probado con éxito en otros países y prácticamente desconocidas en México hasta hace algunos años.

Estamos comenzando a explorar una fórmula de negocios de la cual seguramente, cada vez veremos un mayor y más sólido desarrollo.

Los tiempos actuales no son para preocuparse, sino para ocuparse, pues a pesar de que se ha vivido severa desaceleración económica e inestabilidad política, el país mantiene un paso firme y sostenido hacia el primer mundo. Es aquí donde las actividades franquiciantes del país manifiestan una postura de total confianza al proyecto económico del país y a su comunidad.

A. ANÁLISIS PREVIO QUE SE DEBE OBSERVAR A LA COMPRA DE UNA FRANQUICIA.

Uno de los principales requisitos para adquirir una franquicia, es tener un gran entusiasmo por el concepto de negocio en el cual se desea participar.

Pero en ocasiones, como en toda actividad humana, el dejarse llevar por el entusiasmo perdiendo especial cuidado por un concienzudo análisis de lo que significa invertir en una franquicia. Recuerde que por mucho o poco capital que este dispuesto a invertir, se trata de sus recursos patrimoniales que incluso conforman parte de su proyecto de vida, por lo que no puede arriesgarlos tan fácilmente sin una evaluación muy seria y lo más profesional posible.

A manera de un temario de recomendaciones, he conjuntado el análisis que debe hacer sobre los aspectos generales a tomar en cuenta antes de adquirir una franquicia:

1. Infórmese sobre el tema de franquicias:

La primera pregunta que debe hacerse es ¿Qué es una franquicia? Si va a adquirir una, lo menos que debe hacer es conocer las generalidades legales y teóricas sobre el tema.

Comience por leer libros especializados, revistas, platique con amistades que hayan adquirido una franquicia, busque asesoría en la Asociación Mexicana de Franquicias o con firmas consultoras especializadas, en resumen empápese del tema; pero sobre todo reúna toda esta información y saque sus propias conclusiones.

2. Realicé un auto evaluación objetiva sobre su perfil para ser un franquiciatario.

Ser un franquiciatario no es nada sencillo y no todos cumplimos con las características para poder serlo. Por muy emprendedor, trabajador y entusiasta que usted pueda ser, no son características suficientes.

La mayoría de las franquicias deben investigarlo y evaluar su perfil antes de continuar en el proceso de adquisición de la franquicia. Esto es un síntoma de una franquicia seria, que se preocupa por su sistema de franquicias y por el éxito de todos sus franquiciatarios.

Desconfíe de aquellas franquicias que demuestren un desinterés en esta investigación, pues muy probablemente están más preocupados por la venta de la franquicia que por el éxito del negocio. Si a usted le molesta o le preocupa que evalúen su perfil empresarial y que investiguen sus antecedentes comerciales, financieros y legales, tal vez no cuenta con las características para ser un franquiciatario.

Analice por separado las ventajas y desventajas de ser franquiciatario, no pretenda resolver las desventajas con las ventajas, aplíquelas a su persona en forma particular y objetiva.

Algunas de las desventajas que pueden hacerle ruido a la hora de ser un franquiciatario, son las siguientes:

a) Que la marca y el formato de negocio no son de su propiedad, usted adquiere una licencia para explotarlo en un territorio limitado y por un lapso de tiempo establecido.

b) Que no puede crecer libremente, si desea abrir más unidades tendrá que pagar otra cuota de franquicia y buscar una ubicación en una zona no ocupada y con autorización de la empresa franquiciante.

c) Que no tendrá libertad para aplicar ningún tipo de cambio a los procesos operativos, a los lineamientos de imagen y publicidad, a los procedimientos y sistemas administrativos, ni a ningún elemento que forme parte del formato de negocio. En todo caso la empresa franquiciante podrá evaluar sus propuestas de cambio que pudieran beneficiar en general a toda la cadena de franquicias.

d) Que la empresa franquiciante podrá auditar sus ingresos y supervisará continuamente sus operaciones para verificar el cumplimiento de los lineamientos establecidos.

3. Comience el proceso de investigación.

No se deje deslumbrar por un sólo concepto de negocio por muy atractivo que parezca sin antes investigar a otras franquicias y oportunidades de negocio que manejen el mismo concepto. Busque información y comience la evaluación de cada una.

La relación de franquicia debe basarse siempre en la transparencia de las dos partes. Desconfíe de aquellas que no le faciliten la información requerida, aunque también debe entender que dicha información se la van a ir proporcionando conforme el franquiciante perciba su grado de seriedad e interés por adquirir la franquicia.

Empiece por analizar los antecedentes, preguntando:

- a) Cuántas unidades tienen.
- b) Cuándo abrieron su primera unidad propia.
- c) Cuándo abrieron su primera franquicia.
- d) Desde cuándo utilizan su marca, sus nombres comerciales y su imagen.
- e) Si han cerrado algunas unidades y por qué motivos.
- f) Quiénes son sus dueños y directivos, qué tanta experiencia tienen en el ramo.

Una franquicia con una importante historia comercial, no la hace necesariamente mejor que una franquicia joven, pero al menos puede usted descartar que se trata de una franquicia advenediza.

4. Analice la compra, elaboración y distribución de los productos o servicios de la franquicia, observe bien cuáles son los productos y servicios que maneja la franquicia dentro de su concepto de negocio, recuerde que lo que puede a usted parecerle un buen producto quizá no lo sea para el resto del mercado, por eso hay que desarrollar los siguientes cuestionamientos:

- a) Si son productos o servicios con cualidades de originalidad o son exclusivos.

- b) Si son fácilmente copiables para la competencia actual y futura.
- c) Sus precios de venta son competitivos.
- d) Cuál es su mercado y el perfil del cliente objetivo.
- e) Son productos y servicios nuevos, o ya existe una demanda reconocida y probada.
- f) Son fácil de elaborar o desarrollar.
- g) Al visitar varias unidades, ha percibido realmente una estandarización en la calidad de los productos y servicios ofrecidos.
- h) Para la elaboración u operación de los productos y servicios, se requiere de alguna experiencia previa por parte del franquiciatario.
- i) Se requiere de una dedicación total del franquiciatario en la operación de los productos y servicios.

Analice la logística de distribución de productos, si tienen un comisariato o centro de operaciones, visítelo, constate su infraestructura, eficiencia y costos en la entrega de productos.

5. Identifique en qué consiste la asistencia técnica de la franquicia.

La asistencia técnica es un elemento fundamental para el éxito de una franquicia, si no existe, estoy entonces comprando una simple licencia de marca y producto. La asistencia técnica es lo que le da gran parte del valor agregado a la franquicia en comparación a otro tipo de oportunidades de negocio.

La asistencia técnica es el soporte que le debe otorgar la empresa franquiciante al franquiciatario, previo a la apertura, en la apertura y durante la vida operativa de la franquicia, relacionada con todos los elementos funcionales de la franquicia, incluido por supuesto la transmisión del Know How -el cómo hacer- del negocio y la aplicación del mismo.

Usted debe medir e identificar la asistencia técnica que ofrece la franquicia además de preguntar si representa un costo extra para usted o si está incluido en la cuota de franquicia, analice para ello los siguientes aspectos:

a) Si le ofrecen apoyo mercadológico en la selección del local en donde funcionará la franquicia o tendrá que hacerlo por su cuenta.

b) Si le ofrecen asesoría en la negociación del arrendamiento o compra del establecimiento.

c) Si le ofrecen apoyo de gestoría en la resolución de trámites gubernamentales para la apertura del establecimiento.

d) Cuentan con un departamento de proyectos que ofrezca apoyo y/o manuales de construcción, remodelación y de mobiliario y equipo.

e) Qué otros apoyos recibirá para la apertura del establecimiento.

f) Qué manuales va a recibir. Pregunte especialmente por manuales de operaciones, de procedimientos administrativos y de imagen o identidad corporativa.

g) ¿Qué, Cuándo, Cómo y Dónde? Recibirá el entrenamiento usted y su personal. Revise que la entidad franquiciante cuente con instalaciones, con un programa y un staff competente de capacitación.

h) Qué tipo y en qué consisten las supervisiones que recibirá por parte del franquiciatario, y

i) Qué tipo de reportes tendrá que desarrollar. Cerciórese de que la empresa franquiciante cuente con un equipo de supervisión competente.

j) Habrá algún tipo de auditorías operativas y/o contables, sobre todo a efecto de cotejar el nivel de ventas reportado.

k) En el caso de que su franquicia tenga problemas en la generación de ingresos, qué tipo de apoyo le pueden brindar para la continuidad y mejora del negocio.

6. Realice un completo análisis financiero.

Debe investigar la solvencia financiera de la empresa franquiciante, ya que operar una cadena de franquicias representa tener atrás una infraestructura económica muy importante, solicite para ello datos sobre el número de personal que maneja la entidad franquiciante, qué otros negocios tiene, si es propietaria de algún inmueble, si es miembro de la Asociación Mexicana de Franquicias, observe si ha escatimado en realizar inversiones para desarrollar su franquicia y que son significativas de su nivel de solvencia, como podrían ser sus gastos en publicidad corporativa, videos promocionales, capacitación de su personal, entre otros indicadores.

Sobre todo realice una evaluación financiera de la franquicia que le interesa adquirir. Un despacho de consultoría en franquicias o un abogado especializado en la materia, pueden ayudarle a realizar una evaluación completa y profesional.

La mayoría de las empresas franquiciantes otorgan, en diferentes momentos, la siguiente información financiera:

El monto total que tendrá que invertir en la franquicia, cerciórese de que no quede excluido absolutamente ningún concepto.

Las regalías operativas y de publicidad que va a cobrar, pregunte por otras regalías o cuotas que pudieran existir.

Un estado de resultados pro forma que es representativo del promedio de las franquicias existentes.

Solicite estados de resultados con 3 escenarios de ventas, trabaje con los tres, pero preste especial importancia al escenario más conservador.

a) Un cálculo muy simplificado del tiempo de recuperación de la inversión.

b) Un cálculo muy aproximado del punto de equilibrio del negocio.

Sin embargo las cifras presentadas en dicha información, generalmente presentan los siguientes inconvenientes:

c) Que muy probablemente tendrán un sesgo al haber sido desarrolladas por la entidad franquiciante.

d) Que realizan sus cálculos a partir de utilidades y no en base flujos de efectivo, que es la manera correcta de evaluar una inversión.

e) Que en el cálculo de la recuperación de la inversión, no contempla el efecto del valor del dinero en el tiempo de los flujos de efectivo, es decir, que el cálculo que realiza la empresa franquiciante se basa en montos nominales.

f) Que no incorpora el costo de oportunidad del dinero (el costo de dejar de invertir en otro proyecto de inversión, incluso con menor riesgo).

g) Que su principal criterio de valuación es el tiempo de recuperación de la inversión, el cual es un criterio limitado pues no contempla el análisis de los flujos subsecuentes después de la recuperación.

Estos inconvenientes e inexactitudes distorsionan los datos financieros que presenta la entidad franquiciante, sobretodo en lo referente al tiempo de recuperación de la inversión.

Por tales motivos, para poder realizar un análisis financiero acorde a la importancia de su inversión, no podemos sujetarnos a las conclusiones financieras ofrecidas por la empresa franquiciante.

Comente estas observaciones con la entidad franquiciante y probablemente ésta le realice un nuevo análisis más completo y realista, si no es así, piense en la conveniencia de asegurar su inversión, realizando un análisis financiero profesional de un asesor externo.

7. Platique con otros franquiciatarios.

Acérquese a los actuales franquiciatarios de la cadena de franquicias, visítelos directamente en sus unidades e intente hacer una cita para platicar con ellos, se sorprenderá de su accesibilidad.

No olvide que las opiniones que ellos pueden dar acerca del negocio, son personales, tómelas en cuenta pero no las generalice, recuerde que cada quien habla como le va en la feria y que difícilmente un empresario podrá estar cien por ciento satisfecho de sus resultados.

Si se le dificulta localizarlos, solicite a la entidad franquiciante un listado con las ubicaciones, teléfonos y nombres de los franquiciatarios. Las franquicias bien

administradas no sólo no encontrarán inconveniente en ello, sino que le invitarán a realizar dichas visitas.

8. Investigue los aspectos jurídicos.

Existen varios elementos jurídicos dentro de la franquicia, los cuales debe analizar detenidamente e incluso contar con la ayuda de su abogado. Solicite en distintos momentos, por lo menos los siguientes documentos:

a) La Circular de Oferta de Franquicia (COF), éste es un requisito legal previo a la celebración del contrato, si aún no se la han entregado, solicítela antes de formalizar la relación contractual. La COF deberá estar referida a la situación actual de la empresa franquiciante, así como a las obligaciones y derechos involucrados en la franquicia. Ponga especial interés a los posibles litigios o demandas de la entidad franquiciante relacionados con el franquiciatario.

b) La situación marcaria de la franquicia, debiendo conocer las marcas y otros signos distintivos involucrados en la franquicia, así como verificar que la entidad franquiciante sea el legítimo titular o licenciario autorizado para otorgar las licencias de uso correspondiente.

c) El contrato de franquicia, solicite una copia del formato de contrato en el momento en que exista una intención muy seria de su parte por adquirir la franquicia, lea cada una de sus cláusulas, si tiene dudas pregunte al franquiciante y sobre todo a su abogado. El contrato de franquicia deberá contener términos y conceptos suficientemente claros y concretos, con respecto a la vigencia, territorio, exclusividad, contraprestaciones, limitaciones y demás obligaciones y derechos que se adquieren en virtud de la relación.

Otros contratos o convenios relacionados, mismos que pueden estar o no incluidos dentro del mismo contrato de franquicia y que estarán referidos a la

asistencia, suministro, distribución, confidencialidad, uso de marca, entre otros aspectos.

9. Analice las zonas probables de ubicación.

Por más atractivo que sea el formato de negocio de la franquicia, su ubicación es uno de los aspectos más determinantes de su éxito. No escatime en tiempo ni en recursos para realizar un estudio de mercado, la entidad franquiciante debe saber apoyarlo en ese sentido, sino con métodos estadísticos de investigación de mercado, al menos con una metodología o criterios para la selección del local adecuado.

Nunca escoja un local basado en aspectos de ahorro económico, como el bajo costo de su renta o las características de sus instalaciones, no olvide que esta buscando un local que se adapte a la franquicia seleccionada y no al revés. Su principal criterio debe estar sustentado en razones de influencia en el mercado y de flujo de clientes potenciales.

10. Adquisición de la franquicia.

Llegó el momento de la firma del contrato de franquicia, éste debe ser el momento más significativo para usted y el más reconfortante después de haber analizado concienzudamente a la franquicia elegida.

Pero el trabajo y el verdadero esfuerzo apenas comienza. La ventaja es que no estará sólo, contará con el respaldo de la empresa franquiciante con quien ha formalizado una alianza que seguramente será fructífera y por medio de la cual quedará usted convencido, que haciendo bien las cosas, las franquicias son una manera maravillosa de hacer negocio.

B. EL FINANCIAMIENTO, OPCIÓN PARA LA COMPRA DE LA FRANQUICIA

El financiamiento en la franquicia es muy importante ya que tiene por objeto que el franquiciante financie a un número mayor de franquiciatarios, por tal motivo es necesario que el franquiciante apoye a prospectos franquiciatarios calificados que no tengan el potencial económico para encaminar el proyecto de una unidad franquiciada.

Existen dos tipos de financiamiento a franquicias que hay que tomar en cuenta; uno directo y el otro indirecto.

1. Financiamiento directo.

Es el que el franquiciante otorga al franquiciatario con recursos propios, para que exista este financiamiento debe considerar la empresa franquiciante, que exista una estrategia de crecimiento en el mercado a corto plazo, además de este tipo de crédito existen otros que se le pueden acceder al franquiciatario, como facilitarle inventarios propios de la unidad a franquiciar en consignación (ropa, calzado, refacciones, etc.)

2. Financiamiento indirecto.

Es el que el franquiciante logra a través de instituciones de crédito. Normalmente el Franquiciante apoya este tipo de créditos al quedar como aval en la institución financiera apoyando así al futuro franquiciatario; por tanto esta es una garantía adicional al franquiciatario y se refuerza aun más la relación entre las partes de la franquicia.

Una empresa franquiciante es más efectiva si apoya y asesora a los franquiciatarios en quién, dónde, cuándo y a qué costo puede ser financiada su inversión inicial.

En la relación franquiciante-franquiciatario con respecto al crédito es necesario que se analice la mejor opción así como su monto, esto es para evitar adquirir una deuda que un negocio franquiciado por si mismo no podría cubrir.

Iniciar una franquicia requiere de una inversión inicial, de levantar el local, de comprar los elementos necesarios, de abrirla y de mantenerla, lo que significa un desembolso considerable.

Según datos de la Asociación Mexicana de Franquicias, el 9% de las franquicias tienen un monto de inversión inicial menor a \$25,000.00 dólares; entre \$25,000.00 y \$50,000.00 dólares se encuentra el 23% de los casos; con un monto mayor a \$50,000.00 y hasta \$150,000.00 dólares el 34% de los negocios; el 23% lo representan franquicias con un monto que varía entre \$150,000.00 y hasta \$500,000.00 dólares; y solo el 11% las franquicias que superan los \$500,000.00 dólares por conceptos de inversión inicial.¹¹⁵

Quizá un gran empresario puede absorber los gastos sin problemas, pero los pequeños y medianos hombres de negocios necesitarán pedir ayuda. El problema es que gran parte del sistema financiero mexicano no comprende el funcionamiento del esquema de franquicias y muchas veces obstaculiza el apoyo requerido por los empresarios para desarrollar un nuevo negocio. Actualmente se está impulsando al pequeño y mediano empresario a exportar sus productos y abrirse las puertas en el extranjero y poder posicionar su producto y posteriormente establecer una franquicia dependiendo del giro de la misma.

Muchas de las empresas franquiciantes no tienen un perfil financiero definido para poder seleccionar a sus futuros franquiciatarios. Sin embargo, se presume que el estudio a realizar para encontrar el perfil financiero de franquiciatario recae en los siguientes puntos:

115 Cfr. ¿Qué son? ¿Cómo operan? Perspectivas de la Franquicia. Asociación Mexicana de Franquicias, s.ed., México, marzo 2003, p. 15.

a) Análisis de la capacidad financiera del posible franquiciatario como son liquidez, propiedades, referencias bancarias, comerciales y personales, etc.

b) Evaluación de su historial en el mundo de los negocios y/o de su experiencia laboral, así como su interés por la franquicia, con el propósito de conocer si el franquiciatario busca la franquicia por lo que representa o simplemente como una inversión.

c) Evaluación y análisis de aspectos personales, morales y familiares.

Actualmente el sistema financiero mexicano no cuenta todavía con buenas líneas específicas para fomentar las franquicias pero actualmente se están implementando nuevos métodos para mejorar lo antes mencionado.

Cabe mencionar como ejemplo lo realizado por Alejandro Quiroz Pedrazzi, ex presidente de la Asociación Mexicana de Franquicias, quien conforma un grupo denominado "Negocios por Talento" que tiene como objetivo, crear negocios a través del sistema de franquicias.

Con el apoyo de Bancomer-BBV forma un interesante grupo que promueve nuevas inversiones, redituables a corto plazo.

La primer franquicia que impulsaron fue la de ALPHAGRAPHICS, actualmente Bancomer-BBV posee el 49% de las acciones a través de la sociedad de inversión de capital "PROCORP".

La falta de credibilidad en el sistema de franquicias sigue siendo para el otorgamiento de crédito, un obstáculo tanto para franquiciantes como para franquiciatarios. Las facilidades que prestan las instituciones de crédito son poco viables debido a la tasa de interés, por el otro lado, el inversionista debe tener en mente que todo concepto puede ser franquiciable, mas no toda empresa. Los enemigos

número uno de las franquicias son los financiamientos, estos son lentos, escasos y caros; también la falta de espacios comerciales afecta de sobremanera.

Mientras el sistema Financiero Mexicano no se ponga a tono con el desarrollo de las franquicias mexicanas, los negocios del país enfrentarán serios problemas.

Por otra parte Bancomer-BBV creó el servicio integral para franquicias, el cual atiende las necesidades financieras del franquiciatario tanto para el establecimiento de sus negocios como permanentemente durante su operación, brinda asesoría para la elección de la franquicia y diseña el paquete de servicios financieros adecuados a sus necesidades de esta manera el Sistema Integral de Franquicias (SIF) ofrece al franquiciatario asesorías, financiamiento, factoraje, arrendamiento y seguros entre otros servicios. Cabe mencionar que Bancomer-BBV puede financiar hasta un 80% del total a invertir en la adquisición, construcción o adopción del local, compra de equipo y accesorios, el derecho de franquicia y el capital de trabajo.

El SIF está dirigido a los franquiciatarios que elijan un negocio de franquicias previamente evaluadas en Bancomer-BBV, para lo cual se ofrece un listado de las mismas, con el objeto de poder aprovechar todas las ventajas que ofrece este servicio.

Asimismo, el SIF ofrece al franquiciante: asesoría específica para elegir las modalidades de financiamiento adecuadas a sus necesidades de expansión; esquemas de apoyo crediticio especial en cuanto a montos, plazos, tasas y garantías, arrendamiento para maquinaria y equipo que disminuya sus requerimientos iniciales de capital, fianzas para garantizar el cumplimiento del contrato de franquicias, seguros para cubrir los posibles riesgos; así como almacenamiento de equipo y materias adquiridas, ya sea en el mercado nacional o internacional.

El Banco de México, a través del Fondo para el Desarrollo Comercial (FIDEC), apoya esquemas de comercialización que cuenten con sistemas tecnológicamente avanzados, con los que se disminuye el riesgo empresarial y brindan mayores bienes y

servicios a consumidores de ingresos bajos y medios, como es el sistema de franquicias.

El FIDEC promueve el surgimiento de nuevas franquicias en el subsector de comercio de productos y servicios dirigidos al consumidor final y de servicios a comerciantes; apoya la consolidación de nuevas empresas en el mercado de franquicias, incrementa la probabilidad de éxito de nuevos negocios y simultáneamente la competencia en las actividades comerciales.

Para el registro y autorización de créditos, la franquicia deberá ser registrada en el FIDEC y el crédito se transmitirá de acuerdo a las condiciones establecidas por el monto solicitado.

Por su parte el Banco Nacional de Comercio Interior (BNCI), brinda apoyo a los propietarios de empresas líderes en su ramo que deseen franquiciar su negocio por medio de su Programa Integral de Franquicias.

El BNCI sugiere formular un convenio de colaboración para establecer un Programa de Financiamiento para Franquiciatarios de la empresa que desee franquiciar su negocio. En dicho convenio, se establecen los principios, acciones y procedimientos por los cuales se registrarán los créditos que se otorguen, así como también, se fijarán las bases para la recuperación y comercialización de las franquicias derivado del incumplimiento en el pago de los créditos.

El BNCI financia la adquisición del derecho de uso de la franquicia; la adquisición, remodelación o adecuación del local comercial, adquisición del equipo de operación y de transporte; y para capital de trabajo.

El crédito máximo a otorgar por cada punto de venta será del 80% en relación con la inversión necesaria, sin considerar la adquisición del terreno en su caso.

Nacional Financiera (NAFIN) y el Banco Nacional de Comercio Interior han apoyado el desarrollo del sistema de franquicias, para sumar un crédito total de \$150 millones de dólares.

C. EL SISTEMA DE FRANQUICIAS COMO ESTRATEGIA DE EXPANSIÓN.

Franquiciar un negocio representa transferir en forma exitosa los conocimientos administrativos de operación financieros y comerciales.

Para ello se requiere contar con una planeación que permita un crecimiento estable y asimismo con los instrumentos técnicos adecuados y eficientes.

El otorgar franquicias sin un sistema adecuado, originará que se multipliquen las fallas en todas las unidades franquiciadas, es por ello por lo que las empresas que decidan expandirse bajo el Sistema de Franquicias deberán en un inicio hacer un análisis de factibilidad y si el resultado es que la estrategia de franquicias es la mejor forma para distribuir sus productos o lograr una mayor participación en el mercado se deberá desarrollar los elementos que conforman este sistema los cuales se comentarán a continuación:

1. Análisis de factibilidad.-

Una empresa puede optar por comercializar y distribuir sus productos a través de negocios independientes, o bien contar con puntos de venta propios (sucursales) y por último tener una red de franquicias, cabe mencionar que es factible participar con más de una de estas estrategias comerciales pero se deberán de tomar en cuenta que una provoque daño a la otra en el área de influencia, es por ello, por lo que se debe hacer un análisis si franquiciar es la mejor opción y si el negocio es factible de franquiciar y deberá cubrir los siguientes aspectos:

a) Análisis interno.-

Para desarrollar un Sistema de Franquicias, se deben conocer los aspectos legales que se deben cubrir y el dinero que requiere al abrir un establecimiento.

El franquiciante debe disponer de lo necesario para proveer de servicios al franquiciatario para que este obtenga una ventaja competitiva adicional al hecho de iniciar un negocio similar por sí mismo.

b) Rentabilidad.-

Este punto es si no el más importante, si uno de los primordiales ya que el negocio debe generar el suficiente nivel de margen y utilidades considerando el nivel de inversión del franquiciatario, trabajo y pago de regalías.

c) Capital.-

El franquiciante debe tener suficiente capital para operar una o más unidades propias que le pueden servir como prototipos del negocio en donde los procesos operativos, financieros y de mercado puedan ser probados y refinados, solventar los costos de tipo legal y de desarrollo del negocio y asociados a dejar listo el programa.

Absorber las pérdidas en el inicio de operaciones, seleccionar el personal adecuado, para soportar el desarrollo del negocio y desarrollar nuevos productos y servicios.

d) Gerencia y dirección.-

Existe una gran diferencia entre operar un negocio pequeño y un Sistema de Franquicias; por ello, es indispensable tener experiencia en administración, desarrollo de sistemas, mercadotecnia (local, regional y nacional), fianzas y recursos humanos.

e) Marcas.-

El 50% del desarrollo de un Sistema de Franquicias es la marca, por lo tanto se debe de contar con los siguientes aspectos:

- Marca o nombre comercial que identifique al concepto.
- Imagen corporativa adecuada a la Marca o Nombre Comercial.
- Registro de la marca o nombre comercial ante las dependencias correspondientes.
- Manual de identidad corporativa en donde se especifiquen todas las características de uso de la marca o nombre comercial.

Las franquicias han probado ser tan exitosas porque cuentan con una marca valiosa y el poder de la mercadotecnia para penetrar y sondear mercados.

Los consumidores son influenciados por la marca en sus decisiones de compra y son leales a la marca.

Para conocer la factibilidad de franquiciar un negocio se deberán tener en cuenta los siguientes puntos:

- a) Viabilidad del negocio (Resultado del análisis).-

Únicamente por principio un negocio puede ser franquiciado si éste es exitoso y cumple con los requisitos necesarios como son: Tener una posición en el mercado, ofrecer bienes y servicios que den un valor adicional al consumidor y sobretodo contar con un producto o servicio aceptado que tenga mercado potencial.

En conclusión el primer paso en el análisis y el más importante, es el determinar el potencial del negocio para franquiciarse. El segundo es analizar si está es la mejor forma de expansión y finalmente definir cuando el negocio está listo para franquiciarse.

El análisis apropiado sobre la planeación, organización y la implementación de todos los recursos al alcance del negocio, será el factor fundamental para definir el éxito o el fracaso del programa de franquicias.

D. PROCESO ESTRATÉGICO PARA DOMINAR EL MERCADO POR MEDIO DE FRANQUICIAS.

El proceso estratégico para dominar el mercado por medio de franquicias consta de 11 puntos que son los siguientes:

1. Analizar el potencial.
2. Determinar el crecimiento de la industria.
3. Definir las políticas de servicio al cliente.
4. Determinar políticas de identidad corporativa.
5. Estrategia de participación de mercado.
6. Agilidad para el establecimiento de nuevos puntos de venta.
7. No hablar nunca de saturación de mercado.
8. Construir una infraestructura de servicio excelente.
9. Usar tecnología moderna para monitorear y desarrollar Sistemas de Información sobre el consumidor.
10. Hacer cambios para dar servicio rápido a los clientes.
11. Captar la atención de accionistas para fortalecer la adaptabilidad de la empresa en tiempos difíciles.

En México y el mundo se ha desarrollado el dominio del mercado por medio de franquicias. Para continuar con este crecimiento se analiza el potencial, se determina metodológicamente el crecimiento de la industria, para poder evaluar las posibilidades. Por parte del análisis, hacia el cliente externo, base del negocio, se define claramente las políticas de servicio y se determinan las políticas de identidad corporativa.

Administrativamente es indispensable la estrategia de participación de mercado, con el fin de imponer agilidad en el establecimiento de nuevos puntos de venta. Para dominar el mercado con franquicias, que es lo que se quiere, no se debe hablar nunca de saturación de mercado, porque además no existe saturación si se busca el lugar, momento y enfoque adecuado del negocio.

Para avanzar en el dominio, es necesario, constituir una infraestructura de servicio excelente, porque de este depende la supervivencia de las franquicias. Es indispensable utilizar e implementar tecnología moderna para monitorear y desarrollar sistemas de información sobre el consumidor, para orientar y responder a sus necesidades y exigencias. Los cambios, modificaciones y correcciones deben hacerse oportunamente para ofrecer servicio rápido a los clientes.

Sobre el control y la confiabilidad de los accionistas, es imprescindible captar su atención con fundamentos y mucha claridad en acción y resultados para fortalecer la adaptabilidad de la empresa en los tiempos difíciles y de incertidumbre.

Para avanzar en la cobertura de las franquicias en los países y el mundo, se resumen entonces unos puntos vitales al respecto:

1. Reclutar excelentes franquiciatarios, lo cual se da con la experiencia a los antecedentes profesionales.
2. Desarrollar un plan de negocios financiero muy sólido, que disuelva las dudas y los riesgos que puedan existir.
3. Relaciones exitosas entre franquiciante y franquiciatario, sobre la base del respeto y el conocimiento claro de responsabilidades y responsables de cada parte.

4. Desarrollar y utilizar el liderazgo enfocado al progreso de la marca, el comercio y el mercado como un conjunto en que unidos pueden ganar todos.

5. Desarrollar un excelente "staff", equipo administrativo de supervisión y apoyo en el campo, para resarcir errores y llevar a favorable término las actividades.

6. El diseño de manuales de operación de calidad es parte clave en el éxito, desarrollo y gestión. Un buen manual, eficiente y confiable, es la matriz y formula de control de un negocio orientado y bien liderado.

7. El desarrollo de programas de capacitación y entrenamiento cumple con el cubrimiento de control y desarrollo de la parte no técnica, recursos humanos y personal.

La franquicia conlleva la calidad del servicio en lo que se refiere al cumplimiento de manera eficiente y efectiva con los requerimientos de una determinada persona o personas de acuerdo con sus necesidades y expectativas.

Se cumple con calidad en elementos tangibles como son los productos o marcas de calidad y en elementos intangibles como son la amabilidad en el trato y el interés por los clientes, que deben proyectarse en forma natural y no impuesta, por parte del empleado. Esta calidad en elementos intangibles es de difícil logro, compromiso y control, pues la administración debe contar con el buen ánimo, el espíritu de trabajo y la mística positiva acerca de las tareas diarias y la filosofía de la empresa y sus productos para determinar y forma de prestar un servicio.

El negocio es, atraer y retener clientes; "dominar el mercado", sin embargo, no puede pensarse, que por el solo hecho de llevar algún tiempo en el mercado, se tengan los elementos suficientes para dominarlo.

Posición de dominio en el mercado:

1. Criterio unificado
2. Sistema de otorgamiento de franquicias
3. Capacitación de franquiciatarios
4. Plan de negocios
5. Estrategia de involucrar a franquiciatarios y empleados

E.- LA PARTICIPACIÓN DE LAS FRANQUICIAS COMO UNA OPCIÓN VIABLE PARA LA CREACIÓN DE NUEVOS EMPLEOS.

Observar la forma como se han expandido exitosamente muchos negocios en las últimas décadas, manifiesta por sí sólo el hecho de que los sistemas de franquicias constituyen la estrategia más viable y segura para crecer en el mercado, tanto nacional como extranjero, para el caso de muchas empresas.

Hace un tiempo atrás, el concepto de franquicia hacía alusión inmediata a restaurantes de comida rápida. En las últimas dos décadas se ha demostrado que el negocio de franquicias resulta ser la mejor alternativa para giros muchos más diversos que éstos, como son los servicios empresariales, educación, recreación, construcción, consultoría, negocio inmobiliario, computación, entre otros.

El concepto de las franquicias no sólo se ha diversificado en cuanto a giros de negocios, sino que también en cuanto a las diferentes características de las empresas participantes dentro de un mismo giro, esto es, empresas de tamaño pequeño, mediano o grande; de pocos o de muchos años de experiencia; y de pequeña o gran cobertura de mercado. Esta diversidad abre las posibilidades a muchos empresarios de franquiciar su negocio, como forma de lograr su expansión y consolidación en el mercado, o bien como forma de adaptarse a tal tendencia y así mantener su competitividad y existencia en el tiempo.

Si bien los sistemas de franquicias han tenido un fuerte crecimiento y relevancia en el mercado mexicano, se tiene que aún falta mucho por explotar en este aspecto, considerando la oportunidad de desarrollo en la diversidad de giros y tipos de empresas antes mencionado y considerando el amplio mercado de consumidores no abarcado aún en la República Mexicana, además de la gran oportunidad de exportar al extranjero a través de franquicias.

Probablemente el éxito obtenido por los sistemas de franquicias se atribuye, entre otros aspectos de la coyuntura actual, a las ventajas de éstos ante otras alternativas de expansión, entre las cuales se destacan: un crecimiento significativamente más rápido y que permite mayor cobertura del mercado, se hace uso de capital de terceros, se incurre en un menor riesgo y se obtiene una mejor mercadotecnia y publicidad del sistema.

Además se tiene que cada unidad franquiciada tiene mayor probabilidad de éxito dado que normalmente cuenta con la supervisión de un franquiciatario motivado, quien ha invertido su capital y tiempo para poner en marcha su negocio, lo cual implica un beneficio para la cadena completa, ya que da al cliente la seguridad de encontrar en cada franquicia, similar calidad en el producto y/o servicio que ya ha conocido en otra unidad de igual marca.

Por otra parte se debe destacar los beneficios que el sistema de franquicias aporta a los diversos componentes de la sociedad: constituye un importante aporte al Producto Interno Bruto y a la recaudación fiscal del país; da la oportunidad a inversionistas y personas con afán de independizarse a invertir en un negocio probado, disminuyendo su riesgo y haciéndose parte de un sistema mayor y con experiencia; es una importante fuente de creación de empleos de diferentes niveles y requerimientos; otorga a los empresarios una excelente alternativa de expansión de su negocio; y asegura a los consumidores recibir una alta calidad de servicio y/o productos, a precio justo, dentro del escenario de libre competencia en que las cadenas de franquicias se han convertido en importantes protagonistas.

1. LA FRANQUICIA CONTRA EL DESEMPLEO

La caída en la actividad económica de nuestro país ha ocasionado un crecimiento en el desempleo que ha llegado a niveles considerables y que al parecer no se detendrá hasta quizá finalizado el 2004 y esto aunado a una pronta activación de la economía interna del país.

Las primeras víctimas de esta recesión son las casi 800 mil personas que, según los registros del IMSS, perdieron su trabajo en el 2001, 2002 y 2003. Muchas de estas personas hoy en día buscan un trabajo o se subemplean aceptando sueldos por debajo de su capacidad y experiencia, o incluso se dedican a actividades dentro de los sectores informales.

Ante estos hechos que dibujan un triste panorama de recesión, el esquema de franquicia puede ser una magnífica opción con un doble efecto contra el desempleo, ya que por un lado crea una fuente primaria de ingresos para quien adquiere una franquicia y por otro lado genera importantes fuentes de empleo dentro de la economía formal.

Para aquellos que con sus ahorros (incluyendo en muchos casos su indemnización laboral), pueden adquirir una franquicia, significa auto emplearse pero con las grandes ventajas que brindan las franquicias:

* Incursiona en un negocio probado con menores riesgos que la inversión en un negocio independiente.

* Reduce el tiempo de acreditamiento o posicionamiento de un negocio.

* Tiene acceso al Know How (el qué y cómo hacer) de un negocio exitoso.

* Recibe apoyo y asesorías permanentes. El franquiciatario nunca estará sólo.

- * Optimiza las inversiones iniciales del negocio, basado en la experiencia del franquiciante.

- * Recibe los beneficios de la sinergia y de los esfuerzos globalizados de todos los integrantes del sistema de franquicias.

- * Recibe los beneficios de una imagen sólida.

- * Incrementa su prestigio empresarial al adquirir y formar parte de una franquicia, abriendo incluso su panorama de relaciones y oportunidades comerciales.

Es importante agregar, que ante las bajas tasas de interés que nos ofrecen los instrumentos tradicionales de ahorro bancario, una forma en que nuestro patrimonio no pierde valor, es invirtiendo en proyectos que como la franquicia minimizan el riesgo y ofrecen una rentabilidad muy superior a la de cualquier instrumento bancario.

Ahora bien, al hablar de adquirir una franquicia como opción de autoempleo, no nos estamos refiriendo sólo a los McDonalds o a los Pizza Hut, en México existen franquicias con inversiones iniciales que van desde \$100,000.00 hasta \$10'000,000.00 o más, y con diversidad de giros de negocio.

Por supuesto que la mayor parte de los desempleados que hoy en día existen en México no tienen los recursos para adquirir una franquicia, por mucho que existan franquicias con inversiones accesibles. Evidentemente no se puede siquiera suponer que el esquema de franquicia resuelva el problema del desempleo del país.

Lo que si podemos decir es que cada día que se abre una unidad en franquicia, se están generando una buena cantidad de empleos estables y formales que en menor o mayor medida contribuyen a la disminución de las tasas de desempleo.

Para tener una idea de la aportación de las franquicias a la generación de empleos, podemos estimar que para inicios del presente año el sector de franquicias mantenía aproximadamente casi 200,000 empleos, un número muy importante si se compara con el número de empleos perdidos para este año (212 mil según cifras del IMSS).

Pero lo más importante es señalar que para quienes han perdido su empleo e incluso para quienes tengan un empleo sólido pero deseen diversificar sus ingresos, y tengan la posibilidad de invertir, la franquicia es una opción real y confiable de autoempleo, al emprender un negocio que tendrá enormes posibilidades de ser exitoso.

CONCLUSIONES.

Primera.- El contrato de franquicia se define como “aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar con cierta exclusividad, una empresa o negocio mercantil de servicios y productos en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marcas y nombres comerciales, a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación”.

Además de considerar al contrato de franquicia como un contrato de colaboración en virtud de que los intereses de las partes son comunes y a través de este contrato se organizan para explotar en conjunto dichos intereses, el contrato de franquicia es mercantil, principal, definitivo, bilateral, oneroso, atípico, nominado, intuitu personae, consensual y de tracto sucesivo.

Segunda. La franquicia fue creada en los Estados Unidos de América entre los años 1850 y 1860 a efecto de solucionar un problema de distribución a nivel nacional sin contar con un gran capital. Posteriormente en nuestro país alrededor del año de 1982 comienza a darse por primera vez el fenómeno de las franquicias en nuestro país, teniendo un gran éxito así como una gran difusión.

El marco legal que regula esta actividad en el país, aún es vago y general, la Ley de la Propiedad Industrial define el término franquicia en su artículo 142 y el artículo 65 del Reglamento de dicha Ley señala la obligación por parte del franquiciante de proporcionar toda la información que el franquiciatario le solicite, no existiendo procedimientos ni reglamentos más precisos que protejan tanto al franquiciante como al franquiciatario que estos.

Tercera.- Es necesario mejorar la terminología jurídica con el objeto de poder lograr la homogeneidad en los términos a utilizarse, en primer lugar debe utilizarse “contrato de franquicia” y no acuerdo o convenio y en segundo lugar se debe de referir

a quien otorga la franquicia como "franquiciante" y a quien la adquiere como "franquiciatario" con la finalidad de que se logre dicha homogeneidad, y no como lo manejan algunos autores mexicanos.

La naturaleza jurídica de la franquicia es la de un "contrato", ya que es un acuerdo de voluntades que crea y transmite derechos y obligaciones, además de que cuenta con los requisitos de existencia y de validez contemplados en el Código Civil Federal y de Comercio. Asimismo se trata de un contrato "sui generis" por su evolución y características propias así como de un contrato mercantil toda vez que una o ambas partes que intervienen en el contrato de franquicia son comerciantes.

Cuarta.- Existen dos tipos de franquicias: la franquicia de producto y de marca y la de negocio.

La primera consiste en un acuerdo en virtud del cual el franquiciante, además de otorgarle al franquiciatario el uso y explotación de un nombre comercial o marca, se constituye como proveedor exclusivo de los productos o servicios que comercializara y/o distribuirá el franquiciatario; y,

La segunda y más exitosa actualmente es, la franquicia con formato de negocio, la cual va a consistir en el uso de una marca o nombre comercial; el proporcionar al franquiciante la asistencia técnica necesaria para manejar exitosamente el negocio, y en su caso, la transferencia de tecnología con métodos comerciales y administrativos uniformes logrando la repetición del negocio original, a cambio del pago de regalías por ambos conceptos.

En mi opinión, la confidencialidad juega un papel importantísimo dentro de los contratos de franquicia y de los sistemas mismos, pues el éxito de una franquicia lo que se deriva de secretos industriales, de promociones, de calidad, de la forma en que se desarrolla la franquicia así como de los productos o servicios que ofrece y de su imagen, incluyendo, por supuesto, sus técnicas administrativas ya que todo ello

constituye una parte fundamental que no puede, de ninguna manera estar al alcance de cualquier persona, por lo que es indispensable obligar al franquiciatario a guardar la confidencialidad de la información que le proporcione el franquiciante por virtud del contrato de franquicia obligándolo, asimismo, a todas aquellas personas que estén a su cargo a que también lo guarden.

Quinta.- Actualmente, la franquicia es todo un sistema de comercialización de bienes y servicios, que representa una oportunidad de negocios, así como una auténtica estrategia de dominación de mercados, ubicándose como el área de negocios de mayor dinamismo en México.

En este sentido, existe franquicia cuando dos personas físicas o jurídicas colectivas, unidas por un interés preponderantemente económico, mediante el cual, una de ellas, el franquiciador, cede a cambio de ciertas compensaciones económicas, el derecho de fabricar, utilizar o explotar un producto o servicio y un nombre comercial ya acreditado, junto con los conocimientos necesarios para desarrollar el negocio, y por otra parte el franquiciado, que junto a su aportación financiera, y en muchos casos, personal, se compromete a seguir las normas, sistemas y procedimientos del franquiciador.

Sexta.- De lo anterior y como se puede apreciar, existe la necesidad de establecer un régimen legal del contrato de franquicia, que dote de seguridad jurídica a las partes al momento de dar celebración al mismo, así como la garantía de que va a estar protegido por un régimen jurídico que ampare las consecuencias a que haya lugar por su celebración.

Por estas razones, e independientemente de que habrá libertad contractual entre las partes, propongo los principales elementos en los que debe versar el contrato de franquicia, y que como mínimo deben ser incluidos, y regulados por la Ley de la Propiedad Industrial y su Reglamento:

1. Regalías, del 3 al 6% como máximo de las ventas brutas del franquiciatario;
2. Elementos de propiedad industrial, "la marca, nombres y avisos comerciales, diseños, logotipos, colores etc.";
3. Puntos de venta, se tienen que definir para saber si son rentables;
4. Publicidad y mercadotecnia, del 3 al 5% como máximo de las ventas brutas del franquiciatario;
5. Capacitación continua por parte del franquiciante, la cual no debe de ser complicada ni larga, porque deberá de estar en posibilidad de enseñar los secretos y el manejo operativo de su negocio en un tiempo razonable;
6. Entrenamiento y asistencia técnica, forzosa por parte del franquiciante por lo menos dos veces por año;
7. Asistencia continua por parte del franquiciante, esto es que cuente con todo el respaldo necesario y la asesoría continua, sobre cualquier asunto;
8. Manuales de operación, de que tipo, clasificación y su contenido;
9. Mantenimiento, es vital para conformar un esquema de calidad y éxito, los gastos en este rubro serán entre el 4 y 6% de sus ventas como máximo;
10. Estándares de calidad, los cuales quedarán bien especificados y nunca podrán ser distintos;
11. Registros contables, debe de existir autonomía para el franquiciatario;
12. Información confidencial. La obligación de mantener en secreto el Know How, (secreto industrial) en relación con la operación del establecimiento;
13. Seguros, fianzas y garantías. El franquiciatario se obliga a contratar por cuenta propia y a mantener plenamente vigentes los seguros que amparen los riesgos del establecimiento en operación;
14. Modificaciones al sistema, el franquiciatario se obliga a no llevar a cabo ninguna modificación al sistema;
15. Administración general, debe basarse en la independencia, tanto para el franquiciatario como para el franquiciante, para poder manejar toda la estructura del sistema de franquicias, incluyendo la contabilidad, la mercadotecnia, los aspectos legales y demás funciones relativas;

16. Transferencia o cesión de derechos (traspasos), con el fin de quedar liberado de cualquier obligación el franquiciante con respecto del contrato;
17. Muerte del franquiciatario, es decir que no se extinga por esta razón la relación contractual entre las partes;
18. Vigencia del contrato, opcional y no forzoso de 10 años o más como se maneja actualmente;
19. Penas convencionales, que no vayan más allá del 5% del valor de la franquicia;
20. Impuestos, únicamente los exigidos por las autoridades respectivas;
21. Territorios, bien delimitados, para evitar más de dos franquicias dentro un mismo territorio;
22. Desarrollo de nuevos productos y nuevas técnicas, sin costo adicional para el franquiciante;
23. Sistemas de cómputo, se tiene que desarrollar una red de comunicación inteligente, amplia y continua con los futuros franquiciatarios, contando con tecnología de punta para la compra y venta de los productos de la franquicia;
24. Controversias, especificar siempre los tribunales y/o autoridades, así como la jurisdicción a la que se deban sujetar;
25. Independencia de los contratantes, en especial la del franquiciatario para poder inventar nuevos productos o servicios incluyendo la tecnología; y,
26. Acuerdo de no competencia y lo que no se garantiza. Durante la vigencia del contrato de franquicia y por un periodo adicional de 2 ó 3 años, el franquiciatario se obliga a no involucrarse en actividades que de alguna forma compitan con cualquier establecimiento de la franquicia o con los productos o servicios de la franquicia.

Séptima.- Los criterios para elegir una franquicia son la calidad del concepto, es decir, el grado de innovación que el negocio presenta, la fuerza de la marca, la competitividad, es decir, la fuerza que el negocio presenta en el mercado con relación a la competencia, el potencial mercado lógico, es decir, el potencial de crecimiento futuro y la rentabilidad de los franquiciatarios actuales.

En mi opinión, se propone lo que primero que se debe observar al adquirir una franquicia, son los beneficios y perjuicios que esta pueda tener, a efecto de determinar con toda claridad si es una franquicia el formato de negocio que se apega a mis condiciones y características personales, considerando los siguientes puntos:

1. Elegir un giro que le guste, que sea a fin a sus intereses personales y a sus posibilidades económicas.
2. Acercarse al franquiciante e indagar sobre su experiencia en el ramo y sobre el crecimiento alcanzado para la marca.
3. Conocer muy bien al franquiciante, analizando su estructura y desarrollo organizacional, fijándonos en la calidad humana y profesional de quien esta detrás de la franquicia.
4. Conocer de cerca la franquicia visitando unidades de funcionamiento.
5. Investigar el soporte de la franquicia hacia sus franquiciatarios y su nivel de servicio.
6. Analizar la comunicación y diálogo abierto entre franquiciante y franquiciatario.
7. Evaluar la calidad del producto, el control de calidad y el servicio al cliente, que tenga la franquicia.
8. Escoger aquella franquicia que ofrezca supervisiones y capacitaciones continuas.
9. Analizar los derechos y obligaciones contractuales.
10. Cuidar y evaluar el costo, plazo, regalías, pagos por publicidad, exclusividades de distribución y territorio.
11. Realizar un estudio de mercado e identificar a los potenciales consumidores y competidores.
12. Tener la paciencia para encontrar la ubicación idónea, ya que es parte fundamental para el éxito de la franquicia.
13. La franquicia brinda las herramientas para trabajar, el éxito de la franquicia depende del esfuerzo y trabajo del franquiciatario.

Octava.- El principal obstáculo para el arranque de una franquicia es la falta de capital.

Si bien varias instituciones financieras han instrumentado diversas modalidades de crédito a las empresas que desean adquirir una franquicia, en realidad no se dispone de un financiamiento o crédito adecuado para este tipo de negocios y salvo excepciones, se les sigue tratando indistintamente.

En México, los bancos y demás instituciones financieras no han adquirido una conciencia de lo que significa la franquicia como instrumento de inversión. Al parecer no han tenido el interés ni la preparación especializada para analizar y aprovechar el enorme potencial que pueden significar las franquicias a sus intereses.

Terminan aplicando las políticas crediticias básicas, solicitando los avales y garantías convencionales y aplicando tasas de interés poco atractivas, tanto como para el franquiciante (desarrolla una cadena de franquicias), como para franquiciatarios (adquirir una franquicia).

El apoyo para la creación de nuevas franquicias, beneficiaría a todas las partes integrantes en la creación de una franquicia: en primer lugar a los bancos al tener un mercado cautivo en constante crecimiento a través de servicios cuya promoción, operación y administración serían de muy bajo costo, tomando en cuenta el gran interés de las empresas franquiciantes en apoyar a sus franquiciatarios; los franquiciantes tendrían una cartera de franquiciatarios, a razón de tener en el financiamiento un valor agregado para atraer a sus inversionistas y, por supuesto, los posibles franquiciatarios, quienes contarían con mayores facilidades para realizar sus inversiones iniciales.

Novena.- La franquicia es una opción viable a la inversión para la micro, pequeña y mediana empresa, ya que al igual que ésta, la franquicia se adopta de manera casi instintiva a la situación económica de un país, asimismo las micro, pequeñas y medianas empresas al poseer la flexibilidad operativa y una capacidad para integrarse

a las cadenas, productivas, la franquicia se le presenta como un medio para fortalecer y crecer, en beneficio de la economía nacional, por conducto de empresas reconocidas que poseen toda una infraestructura integral de operación de un negocio.

El impacto y perspectiva económica que representa el sistema de franquicias es importante, ya que reduce considerablemente la vulnerabilidad de las micro, pequeñas y medianas empresas, pues fomenta su crecimiento, a la vez que ratifica el desarrollo comercial y económico de nuestro país.

La razón de la expansión exitosa de las franquicias se basa en poner al alcance de inversionistas pequeños y medianos, la posibilidad de un negocio probado y exitosos, con baja probabilidad de fracaso.

Las franquicias ofrecen la posibilidad de ganar dinero con una inversión, pues el uso de una marca comercial de prestigio para la venta de productos de buena calidad, permite importantes volúmenes de venta. Este concepto genera empleos, da ganancias a los empresarios que participen en él; asimismo, benefician al consumidor al ampliar la gama de calidad de los productos, además cuando una franquicia entra a un sector, propicia el aumento de la competitividad en el mismo, pues aporta nueva tecnología.

Décima.- Por último algunas empresas han utilizado el otorgamiento de franquicias como alternativa de expansión, y les ha funcionado, lo anterior se debe que desde un principio al desarrollar su sistema de franquicias contaban con una base sólida, un concepto probado y posicionado en el mercado, y mente del consumidor, aunado a un producto de calidad en todas y cada una de sus unidades. Actualmente existe esta alternativa para llevar a cabo la expansión del negocio, porque no verse beneficiado y de contar con los elementos necesarios ingresar a este formato de negocio que cada día tiene mayor fuerza en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. Álvarez Soberanis, Jaime. La Regulación de las Invenciones y Marcas y de la Transferencia de Tecnología, Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1979.
2. Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos, Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001.
3. Arce Gargollo, Javier. El Contrato de franquicia, Cuarta Edición, Editorial Themis, México, 2001.
4. Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, Cuarta Reimpresión. ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2000.
5. Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles, Quinta Edición, Editorial Oxford, Colección Textos Jurídicos Universitarios; México, 2002.
6. Bescos Torres, Modesto, Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1990.
7. Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2001.
8. Castrejon García, Gabino Eduardo. Tratado Teórico- Practico de los Derechos de Autor y de la Propiedad Industrial. Primera Edición. Editorial Harla, México, 1997.
9. Castrillón y Luna, Víctor M. Contratos Mercantiles. Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2002.
10. Díez Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Quinta Edición, (Tomo I), Editorial Civitas, Madrid, 1996.
11. González Calvillo, Enrique y Rodrigo. Franquicias, La Revolución de los 90. Editorial McGraw Hill, México, 1994.
12. Jalife Daher, Mauricio. Comentario a la Ley de la Propiedad Industrial, Primera Edición en Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2002.
13. Javier Cristiani, Julio. "Algunos Comentarios de Carácter Práctico, al Capítulo de Propiedad Intelectual en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte"; en

- Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II. México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1993.
14. Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil, Vigésima Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2003.
 15. Raab Steven S. y Gregory, Matusky. Franquicias, como Multiplicar su Negocio, Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1992.
 16. Raab Steven S. y Gregory, Matusky. Franquicias, Ventajas y Desventajas de su venta, (Traducción de Roberto Hass), Primera Edición. Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1991.
 17. Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones; Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1994.
 18. Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, Décima Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2002.
 19. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Segunda Reimpresión de la Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2002.
 20. Vásquez del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles, Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1998.
 21. Warren, Pengilley. "International Franchising Arrangements in their Negotiations"; (Traducción de Francisco Carrillo Sánchez), in *Northwestern Journal of International Law & Business*; Northwestern University, United States of America, Fall- Winter 1985., Vol. 7, No. 2.
 22. Weatherly, Jonathan D. and Iorio, Richard F. "How to bring new products to Marketplace: Maximizing Tecnology Transfer", (Traducción de Salvador Martínez Martínez), México, Revista Bussines México, Septiembre, 1993, p. 47. (Vol. III, No. 9).

DICCIONARIOS:

1. Black's Law Dictionary, St. Paul Minnesota, U.S.A., (Traducción de Francisco Arce Gurza). Editorial Staff, by West Publishing Co., 1990. Sixth Edition by The Publisher's.

2. Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Edición Actualizada. Editorial Heliasta, México, 2000.
3. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2001.

LEGISLACIÓN:

1. Código Civil Federal, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2002.
2. Código de Comercio y Leyes Complementarias, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 2003.
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Andrade, S.A. de C.V., México, 2003.
4. Decreto por el que se promulga el Convenio, de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, Diario Oficial de la Federación, 27 de julio de 1976.
5. Legislación Fiscal, Editorial Themis, S.A. de C.V., México, 2003.
6. Ley de Competencia Económica, Diario, Oficial de la Federación, 24 de diciembre de 1992.
7. Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, Editorial Andrade, México, 1992, (Abrogado).
8. Ley de Inversión Extranjera, publicada. en el Diario Oficial de la Federación el de diciembre de 1993.
9. Ley de la Propiedad Industrial, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2002.
10. Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2002.
11. Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, publicado en el Diario Oficial de la Federación el de 1994.

ARTÍCULOS, REVISTA Y PERIÓDICOS:

1. "Brindan apoyo a franquiciatarios", (suplemento comercial); Diario Reforma; 12 de septiembre de 2002, Expansión y Reforma.

2. Eduardo Assael; citado por Dino Rozenberg: Sutilezas que Hacen la Diferencia. Revista en Expansión, México, Noviembre 11, 1992.
3. Gallástegui Armella, Juan Manuel y Joaquín. Carpeta para el Diplomado en Desarrollo y Administración de Franquicias. México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Estado de México, 1993.
4. Hope, Maria. Franquicias: El Arte de Reproducirse, s. ed., Revista en Expansión, México, Abril 25, 1990.
5. Huerdo Lange, Juan. Los Siete Puntos Vitales en Expansión, (Asociación Mexicana de franquicias), México, s.ed., marzo 18 1992.
6. Huerdo Lange, Juan. Los Franquiciantes. México, Revista en Expansión, Mayo 26, 1991.
7. ¿Qué son? ¿Como operan? Perspectivas de la Franquicia. Asociación Mexicana de Franquicias, s.ed., México, marzo 2003.

SITIOS CONSULTADOS EN INTERNET:

1. www.franquicias.com.mx
2. www.franquiciadores.com.mx
3. www.lafacu.com.mx
4. www.hawaiianparadise.com.mx
5. www.monografias.com.mx
6. www.alcazar.com.mx
7. www.torno.com.mx
8. yerimar@cantv.net
9. ferenzf@gallastegui.com.mx