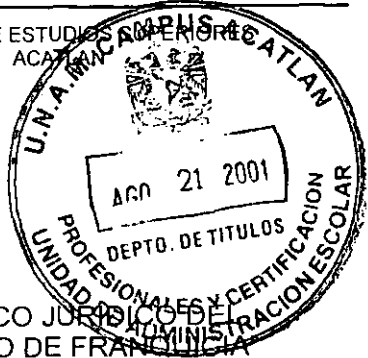


158



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLAN



"EL MARCO JURIDICO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA"

915078

TRABAJO DE TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE ISABEL GUADALUPE LOPEZ

ASESOR: LIC. JUAN CRUZ GOMEZ



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.

AL ARQUITECTO DEL UNIVERSO

Por haberme dado vida, por haberme concebido como un hombre filántropo que honda pozos sin fondo a los vicios y construye monumentos a las virtudes.

Gracias, Señor

A MI PADRE, IN MEMORIAM

Tarde comprendí cuando me decías que por un ideal se vive, se lucha; afortunadamente a tiempo aprecie el inmenso amor que guardabas para mí. Ahora que estas en el lejano oriente sabe una cosa, que yo seré tus ojos y tú serás mi alma, que realizaré todos los ideales progresistas que siempre deseaste para mí.

A MONICA TAMARA ABREGO PONCE

Por ser mi fuente constante de motivación
y de inspiración para luchar en la vida.

Iré a donde tu vayas, viviré donde vivas.
Tu pueblo será mi pueblo y tu Dios será
mi Dios. Donde tu mueras, ahí moriré yo

Ruth 1: 16-17
Sagrada Biblia

A MIS HIJOS: DIEGO Y DAVID

Por haber sacrificado su tiempo, para
permitir que papá terminara este
trabajo.

Gracias, por haber sido su principio.
Los quiero mucho.

A MI MADRE
CARMEN T. LOPEZ MARTINEZ

Tu me forjaste y me has dado el mejor
ejemplo de la vida: luchar por los hijos
contra toda adversidad.

Sabe que tus sacrificios y esfuerzos no
han sido en vano, Que mil gracias, no
bastan para expresarte mi gratitud

Madre te quiero mucho

A MIS HERMANOS

FELIPE, MARGARITA, EVA JULIA, LUCIA,
JOSE TRINIDAD

**A MI ASESOR:
LIC. JUAN CRUZ GOMEZ**

Por su profesionalismo, su paciencia,
sus sabios consejos que me llevaron
por el camino indicado para que
terminará este trabajo.

Le estoy eternamente agradecido

A LOS PROFESORES DE LA ENEP/ ACATLAN

Gracias por haberme formado como profesional
del derecho, en el ejercicio de la abogacía,
recuerdo siempre sus consejos.

En especial quiero agradecer a mis sinodales
que contribuyeron en mucho para mejorar el trabajo

AL Licenciado Mimendi López Sergio Miguel por
su profesionalismo, le admiro.

Me comprometo a regresar pronto para aportar
mi granito de arena para las futuras generaciones
de abogados

ÍNDICE

I

Introducción	IV
--------------------	----

Capítulo I

ORIGEN HISTORICO DE LA FRANQUICIA

	Pág.
1. Origen y desarrollo en los Estados Unidos de América	1
1.1 Franquicia de producto y marca registrada	3
1.2 Franquicia como formato de negocio	5
1.3 Franquicia de conversión o conversión a franquicia	7
2. Origen y desarrollo en los Estados Unidos Mexicanos	10
2.1 La Ley de Propiedad Industrial en el Orden Jerárquico Normativo Constitucional Mexicano	15
3. Desarrollo en América Latina	17
3.1 Desarrollo en Argentina	18
3.2 Desarrollo en Brasil	19
3.3 Desarrollo en Chile	20
4. Desarrollo en Japón	21
5. Desarrollo en la Unión Europea	22

Capítulo II

CONCEPTO Y CLASES DE FRANQUICIA

1. Concepto económico e importancia de la franquicia en México	25
2. Denominación de la franquicia	26
3. Concepto del contrato de franquicia	27
4. Elementos del contrato de franquicia	29
4.1 Elementos de Existencia	29
4.1.1 Consentimiento	30
4.1.1.1 Formación del consentimiento entre presentes	32
4.1.1.2 Formación del consentimiento entre no presentes	35
4.1.2 El Objeto	37
4.2 Requisitos de Validez	39
4.2.1 Capacidad	39
4.2.1.1 Capacidad de ejercicio del comerciante persona física	41
4.2.1.2 Capacidad de ejercicio del comerciante persona moral	42
4.2.1.2 Incapacidad de Goce	43
4.2.1.3 Incapacidad de ejercicio y prohibición para ejercer el comercio	44
4.2.2 Objeto, motivo o fin lícito	48
4.2.3 Ausencia de vicios	49
4.2.4 Forma prescrita por la ley	51
5. Categoría de la franquicia	53

INDICE

II

5.1 Franquicia de marca y producto	54
5.2 Franquicia como formato de negocio	54
5.3 Franquicia de conversión	54
5.4 Otras clasificaciones	55
6. Naturaleza contractual	57
6.1 El contrato de concesión.....	57
6.2 El contrato de licencia	63
6.3 Contrato de asociación de participación	65
6.4 El contrato de comisión mercantil	66
7. Características del contrato de franquicia	66
7.1 El contrato de franquicia, como contrato mercantil	66
7.2 El contrato de franquicia, como contrato atípico	67
7.3 El contrato de franquicia, como un contrato bilateral	67
7.4 El contrato de franquicia, como un contrato oneroso	68
7.5 El contrato de franquicia, como contrato de tracto sucesivo	68
7.6 El contrato de franquicia, como contrato consensual	68
7.7 El contrato de franquicia, como contrato conmutativo	69
7.8 El contrato de franquicia, como intuitus personae	70

Capítulo III

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. La información general de la franquicia	71
2. Contenido del contrato franquicia.....	73
3. Derechos y obligaciones de las partes.....	75
3.1 Obligaciones del franquiciante.....	75
3.1.1 Otorgar la licencia de usos de marca.....	76
3.1.2 Autorizar el uso del nombre comercial y aviso comercial.....	76
3.1.3 Proporcionar conocimientos técnicos.....	77
3.1.3.1 Capacitación del franquiciatario.....	78
3.1.3.2 Asistencia técnica.....	79
3.1.4 Determinar el territorio concedido al franquiciatario para la explotación del negocio.....	79
3.1.5 Publicidad.....	80
3.1.6 Financiamiento.....	81
3.2 Derechos del franquiciante.....	81
3.2.1 Recibir el pago de la cuota inicial.....	81
3.2.2 Recibir el pago de regalías.....	82
3.2.3 Visitas al negocio del franquiciatario	83
3.2.4 Requerir los libros contables del franquiciatario.....	84

INDICE

III

3.2.5 Contratar el personal del franquiciatario.....	84
3.2.6 Rescindir el contrato por causa justificada.....	84
3.2.7 Derecho a ejecutar la pena convencional.....	85
3.2.8 Derecho a la propiedad de los secretos comerciales.....	86
3.2.9 Derecho a la adquisición del negocio franquiciado.....	86
3.3 Obligaciones del franquiciatario.....	88
3.3.1 Situar el establecimiento en el lugar autorizado.....	88
3.3.2 Cumplir los requerimiento del uso y explotación de conocimientos técnicos.....	88
3.3.3 Pagar la contraprestación.....	88
3.3.4 Adquirir un mínimo de insumos y productos.....	88
3.3.5 Seguir las especificaciones sobre la administración del negocio.....	89
3.3.6 Sujetarse a los programas de capacitación continua.....	89
3.3.7 Informar periódicamente.....	89
3.3.8 Pagar impuestos.....	89
3.3.9 Proporcionar sus estados contables al franquiciante.....	91
3.3.10 Contratar el personal administrativo.....	91
3.3.11 No divulgar secretos comerciales (Pacto de Confidencialidad).....	91
3.3.12 Aceptar visitas.....	92
3.3.13 No vender o comercializar otros productos.....	92
3.3.14 No ceder, traspasar o sublicenciar.....	92
3.3.15 Limitarse al territorio concedido.....	93
3.3.16 Utilizar únicamente la publicidad que el franquiciante o el comité de publicidad señale.....	93
3.3.17 A la terminación.....	93
3.4 Derechos del Franquiciatario.....	94
3.4.1 Capacitación.....	94
3.4.2 Asistencia técnica.....	94
3.4.3 Publicidad.....	94
4. Causas de rescisión.....	95
5 Competencia jurisdiccional.....	95

Capítulo IV

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 65 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LA PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

1. Análisis del termino "Circular de oferta de franquicia".....	97
1.1. Definición y análisis del término circular.....	97
1.2 Definición y análisis del término oferta, propuesta o policitación.....	99
2 Análisis comparativo entre la información a que se refiere el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial y el contenido de la Circular Uniforme de Oferta de Franquicia Norteamericana.....	102

INDICE

IV

3. Propuesta de reforma del artículo 65 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial	110
4. Análisis del Contrato de Franquicia como un contrato atípico	111
5. Propuesta de reglamentación del contrato de franquicia en la Ley de la Propiedad Industrial	119
Conclusiones.....	122
Bibliografía	125

INTRODUCCION

Senti curiosidad. Y así empezó todo.

En los últimos años de la década de los 90' quedé fascinado por la aparición en el mercado nacional de una serie de negocios que a simple apariencia demostraban un importante auge económico y sobre todo, que se le podía encontrar por doquier. Me encontraba frente a las franquicias, de las que poco sabía, a no ser de las cadenas de negocios Mc' Donalds que representaron mi mejor referencia para entender, aunque de forma general, que era una franquicia.

Lo anterior me motivo a realizar una serie de investigaciones que dieron como resultado lo siguiente: existe poca bibliografía sobre el tema; que existe una mínima regulación legal de la franquicia en nuestro país, ello lo demuestra el que sólo exista una disposición legal en el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial y otra más en el artículo 65 del reglamento de la ley citada y que la franquicia tiene una relevante importancia en la economía nacional. Todo lo anterior constituyó la pauta para realizar el presente trabajo.

Este trabajo se propone ser un instrumento que sirva para una debida regulación legal del contrato de franquicia en los Estados Unidos Mexicanos, mucho se ha escrito en cuanto a la excelente alternativa y de vanguardia que representa la franquicia para hacer negocios en nuestro país y en el mundo entero, pero hasta donde se sabe, son pocos los autores que han escrito sobre la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, aunque, nada se ha escrito de la forma peculiar en que el franquiciante externa su oferta, propuesta o policitación en atención a los aspectos previos que debe evaluar y considerar. Así mismo, nos proponemos analizar si la información a que hace referencia el artículo 65 del Reglamento de la citada ley, es una circular de oferta de franquicia, o simplemente, un documento de carácter informativo.

En el primer capítulo se ha expuesto el origen y desarrollo de las diferentes categorías de la franquicia en los Estados Unidos de América, así como se comenta la importancia económica que en ese país ha generado y las diversas leyes estatales que se han promulgado sobre la franquicia, para inscribir el contrato, para formular la circular uniforme de oferta de franquicia y para normar los derechos y obligaciones de las partes contratantes, evitando los actos abusivos de los franquiciantes. Así mismo, se expone el desarrollo de la franquicia en los Estados Unidos Mexicanos y como es que se han ido adecuando los ordenamientos legales que dan trato legal a la propiedad industrial para dar cabida al contrato de franquicia, a la par de los cambios políticos y económicos que se han generado en los años más recientes de nuestro país. También se expone el desarrollo que las franquicias han tenido en otros países de América Latina, como son la República de Argentina, Brasil y Chile; el desarrollo y éxito que la franquicia ha tenido en Japón y se podrá observar los diversos trabajos que la Comunidad Económica Europea comenzó y que la Unión Europea ha continuado respecto la franquicia.

En el segundo capítulo se expone la denominación y el concepto del contrato de franquicia desde el punto de vista de diversos escritores; explicando porqué debe designarse a las partes con los términos franquiciante y franquiciatario. Se expone así mismo, los elementos de existencia y requisitos de validez del contrato de franquicia; las diferentes categorías y clasificaciones que se han formado de la franquicia en los Estados Unidos de América y por parte de la Unión Europea, así como otras clasificaciones por autores especializados en el tema. Respecto a su naturaleza contractual, el lector encontrará un análisis comparativo de diversas figuras jurídicas con las que se suele relacionar y hasta confundir al contrato de franquicia, entre esas figuras jurídicas, encontramos: la concesión, explicando el origen derecho común y su reglamentación en el ámbito mercantil y administrativo, el contrato de licencia, el contrato de asociación en participación y el contrato de comisión mercantil. En el desarrollo de cada uno de los contratos mencionados, se explica cuales son las diferencias que presentan con el contrato de franquicia, demostrando que se trata de un contrato de naturaleza jurídica diversa a la de los otros contratos y por último se desarrolla ampliamente las características del contrato de franquicia.

En el capítulo tercero se expone el contenido del contrato de franquicia y se analiza cuales son las obligaciones y después los derechos del franquiciante y del franquiciatario respectivamente, según las cláusulas que normalmente se conviene en un contrato de esta naturaleza. Lo anterior se debe a que son muchas las obligaciones del franquiciatario pero pocos sus derechos.

En el capítulo cuarto se somete a análisis jurídico a los términos circular y oferta, demostrando con ello que en materia de franquicias no existe una circular de oferta de franquicia. Se expone también el contenido de la circular uniforme de oferta de franquicia norteamericana y se realiza una comparación entre ésta y de la información básica de carácter técnica, económica y financiera tal y como y como la reglamenta el artículo 65 del reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, encontrando grandes diferencias de contenido entre ambos documentos. Se expone la propuesta relativa a adicionar a la información básica que el franquiciatario debe proporcionar al potencial franquiciatario los elementos a que alude la Circular Uniforme de Oferta de Franquicia y la correspondiente abrogación del artículo 65 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial en que aparece actualmente reglamentada. Se realiza un análisis jurídico y doctrinal del contrato de franquicia como un contrato atípico, así como se expone los inconvenientes que se presentan cuando las partes no son claras en sus convenciones y no existe disposición legal que las supla o complemente y además, se expone cuales con los principales problemas que se originan por una falta de tipicidad del contrato de franquicia, justificando así el porque se debe incluir en la Ley de Propiedad Industrial las disposiciones básicas que se deben observar en un contrato de franquicia.

CAPITULO I

ORIGEN HISTORICO DE LA FRANQUICIA

SUMARIO. 1. Origen y Desarrollo en los Estados Unidos de América.- 1.1 Franquicia de Producto y Marca Registrada.- 1.2 Franquicia como Formato de Negocio.- 1.3 Franquicia de Conversión o Conversión a Franquicia.- 2. Origen y Desarrollo en los Estados Unidos Mexicanos.- 3. Desarrollo en América Latina.- 3.1 Desarrollo en Argentina.- 3.2 Desarrollo en Brasil.- 3.3 Desarrollo en Chile.- 4. Desarrollo en Japón.- 5. Desarrollo en la Unión Europea.

1. ORIGEN Y DESARROLLO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Para comprender mejor el origen de la franquicia, debemos precisar, que la franquicia fue ideada con el propósito de solucionar algunos de los retos y problemas que representaba la ineficaz distribución de productos y servicios en los Estados Unidos de América. Conforme paso el tiempo se hizo más evidente que la franquicia tendría resultados igualmente exitosos como una forma de comercialización, aunque fue originalmente ideada, precisamente por sus precursores, como una forma de comercialización.

Respecto a la idea de lo que significa franquicia, podríamos adelantar que sé esta ante una franquicia cuando el otorgante, denominado franquiciante, le transmite a un tercero, denominado franquiciatario, toda la información y conocimientos que esta última requiere para operar exitosamente un negocio, bajo la marca o nombre comercial del franquiciante. Sin embargo, encontramos en la doctrina¹ que se han reconocido dentro de la franquicia distintos grados de funcionamiento y complejidad que han permitido la siguiente clasificación:

1. Franquicia de producto y marca registrada
2. Franquicia de formato de negocio, y
3. Franquicia de conversión

¹ **González Calvillo, Enrique**, *Franquicias, la revolución de los 90'*, México, 1994, p. 6; **Donald D. Boroian**, *Las ventajas del franchising*, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 14

La franquicia de producto y marca registrada, nos dice González Calvillo, que es un arreglo en virtud del cual el franquiciante, además de otorgarle al franquiciatario el uso y explotación de un nombre comercial y marca, se constituye como proveedor exclusivo de los productos y servicios que comercializará y/o distribuirá el franquiciatario.² Además, que deberá de incluir un sistema de comercialización y la asistencia técnica por parte del franquiciante o de lo contrario se estaría ante un contrato diverso y no uno de franquicia.

La franquicia como formato de negocio, nos dice Donald D. Boroian, que es un método de expansión comercial mediante el cual un dueño o *gerente de empresa* autoriza a otra empresa a comercializar productos o servicios bajo su nombre o marca, observando estrictamente un sistema que él estipula.³

No me parece correcta la redacción que el jurista Donald D. Boroian hace del significado anterior, cuando señala que un gerente de empresa podrá autorizar a otra empresa para que comercialice bajo los lineamientos que éste le señale, productos y servicios al amparo de su nombre y marca, cuando considero innecesario tal señalamiento, en virtud de que quien otorga el derecho es la persona física o la persona moral que se constituya como franquiciante, a través de quien tenga facultades para ello, que normalmente puede no ser el gerente.

La franquicia como formato de negocio, conocida en los Estados Unidos en América y los demás países de habla inglesa bajo el término *business format franchise*, ofrece al franquiciatario no sólo la marca o nombre comercial, sino un "sistema" completo de negocios. La palabra "sistema" tiene una connotación muy amplia dentro de este tipo de franquicia.

El "sistema" que el franquiciante pone en manos del franquiciatario en este tipo de acuerdos incluye, en forma integral, marca, nombre comercial, sus conocimientos técnicos,

² González Calvillo, Enrique. Op. Cit., p. 6

³ Donald D. Boroian, Op. Cit., p. 14

asistencia técnica y toda su experiencia en la operación del negocio, sus criterios y especificaciones para la construcción del negocio o adaptación del local, los parámetros y requisitos que deberá cumplir el franquiciatario y en general, en la forma de conducir el negocio.

La franquicia de conversión nos dice Donald D. Boroian, que es un conjunto de negocios independientes o pequeñas cadenas del ramo del franquiciante convertidos en franquiciados.⁴

Aunque el significado, no nos explica claramente en que consiste la franquicia de conversión, la entenderemos mejor cuando la trate más adelante en forma particular.

1.1 FRANQUICIA DE PRODUCTO Y MARCA REGISTRADA

Como franquicia, se reconoce que generalmente el primer franquiciante fue la empresa norteamericana Singer Sewin Machine Company. Entre 1850 y 1860, Singer estableció una red de vendedores-concesionarios que abonaban una cierta cantidad por el derecho de distribuir maquinas de coser en una región en particular. Aunque estos convenios no fueron un éxito total para Singer y fueron interrumpidos luego de diez años aproximadamente, Singer había sembrado las semillas del empleo del futuro y la eventual aceptación universal del franchising (término con el que se conoce a la franquicia en los Estados Unidos de América).

También la industria automotriz, específicamente General Motors se valió del franchising. En el año de 1898 la compañía no contaba con los recursos para abrir puntos de comercialización propios, por lo que se vio obligada a otorgar franquicias, método que se utiliza en la industria automotriz hasta nuestros días.

⁴ Donald D. Boroian. Op. Cit. p. 29

Además General Motors, no estaba en posición de comprar los bienes raíces para establecer los puntos de venta de sus automóviles, ni de administrarlos tan eficientemente como lo hacían en forma independiente los franquiciatarios.

La industria petrolera también optó por un sistema primitivo de franquicias con lo que logró incrementar la distribución de sus productos, sin capital, ni los riesgos propios, naciendo así las gasolineras.

Ejemplo de lo anterior, fue la Standard Oil Co., hasta antes de 1930, las compañías petroleras eran dueñas de la mayoría de establecimientos gasolineros. Acto seguido, las gasolineras que independientemente operaban con autorización de las compañías petroleras empezaron a caer en una guerra agresiva de precios. Por el miedo de perder ganancias en dicha guerra, Standard Oil Co., optó por rentar sus estaciones a los administradores de los mismos. Los nuevos franquiciatarios establecieron sus precios y generaron así sus propios ingresos, beneficios y satisfacciones de un empresario, lo cual aportó a la compañía Standard Oil Co., tremendos beneficios.

Otra precursora importante fue Coca-cola, para 1886, creció lentamente gracias a un sistema de fuentes de sodas. Más tarde, en 1899, dos inversionistas en Chattanooga persuadieron al presidente de la compañía de que les otorgara los derechos de vender Coca-cola en botellas, en casi todo el país con la limitante de que estos nuevos productos no interfirieran con su negocio de las fuentes de sodas. Es así como estos dos empresarios establecieron la primer embotelladora en el mundo, absorbiendo el cien por cien de los gastos de instalación y encargándose de su manejo a cambio de recibir el concentrado para el producto y el apoyo necesario.

Conforme a la demanda del producto creció, los dos empresarios "subfranquiciaron", los derechos del producto para distintas zonas geográficas, dada su falta de recursos y habilidades administrativas a nivel nacional. Ellos compraban el concentrado y lo revendían a los subfranquiciatarios. En 1919 ya existían 1,000 embotelladoras que participaban en este creciente negocio como Pepsi-cola y Dr. Pepper.

1. 2 FRANQUICIA COMO FORMATO DE NEGOCIO

Luego de la segunda guerra mundial, el comercio minorista comenzó a orientarse más a los servicios que a los productos. Una combinación de factores sociales, económicos, políticos, tecnológicos y legales crearon el clima propicio para esta expansión.

El crecimiento repentino de la población norteamericana aunado al crecimiento generalizado del poder adquisitivo de los consumidores norteamericanos, generaron una fuerte demanda de una variedad de producto. Los avances de la tecnología permitieron la creación y producción de nuevos productos y servicios, así como su ágil transportación y publicidad, en este último rubro, la introducción de la televisión, jugó un papel trascendental. En este momento se presentaron las franquicias como medio ideal para distribuir cientos de nuevos productos que cubrieran las nuevas condiciones de negocios y satisficieran la voraz demanda de los consumidores.

El sistema resolvió, problemas como la falta de capital en las empresas, de control administrativo y de control de calidad de sus productos y servicios, asegurando así que se produjeran de acuerdo con sus requerimientos.

Este clima de negocios fue apoyado oportunamente por los siguientes factores:

- a) El gobierno federal norteamericano, por medio de la Small Business Administration, que brindaba asesoría, así como estímulos financieros,
- b) Una adecuada estructura fiscal, y

- c) La disposición de la comunidad financiera para prestar grandes sumas a franquiciantes y franquiciatarios.

La aprobación en Estados Unidos de América del Lanham Act en 1946, fincó las bases para el desarrollo de las franquicias al codificar el derecho del dueño de una marca para establecer y exigir estándares de calidad a sus licenciarios. Aunque hasta la fecha, en la legislación federal norteamericana no existe disposición legal que regule al franchising.

Si bien, se trataba, en la mayoría de los casos de actividades locales o minicadenas regionalizadas, sucursales franquiciadas tales como A&W y Tastee Treez aumentaban en popularidad en todo el país. En la década de los '50 se unieron a ellos Dunkin Donut, Kentucky Fried Chicken, Midas Muffler, Holiday Inn y McDonald's, para esos entonces las franquicias estaban sufriendo una sutil pero importante evolución.

En lugar de otorgar una licencia para distribuir o vender un producto, las crecientes franquicias del servicio de comidas –junto con empresas de otras ramas como Holiday Inns, Silenciadores Midas y H&R. Block- estaban empleando una forma substancialmente diferente de franchising. Estos franquiciantes vendían el derecho de adoptar todo un concepto comercial, desde carteles y publicidad, hasta recetas y uniformes y, a menudo, los licenciarios eran personas sin ninguna experiencia comercial previa. Aunque algunos dueños de franquicias como formato de negocio, requerían de que los franquiciarios les compraran ciertos suministros y productos, su principal frente de ingresos era la venta de un sistema comercial de demostrada eficacia.

Fue a medida de la década del '50 que Ray Kroc fundador de McDonald's ingreso en esta atmósfera sumamente cambiante. Habiendo observado las franquicias incipientes del servicio de comidas durante sus días de viaje, Kroc evaluó lo que percibía que eran los puntos fuertes y débiles del franchising y los utilizó como pautas orientadoras en la construcción de Mac Donald's. Empleando el franchising como formato de negocio para

crear su propio negocio a partir de los restaurantes de hamburguesa franquiciados, Krock modificó la mentalidad que los empresarios tenían acerca de la expansión comercial.

1.3 FRANQUICIA DE CONVERSION O CONVERSION A FRANQUICIAS

La década de los '70 fue testigo de un importante desarrollo del tercer tipo de franquicia el *franchising* de conversión o *la conversión de pequeños negocios en franquiciatarios*, como prefiero llamarla.

Si bien existen ejemplos de conversiones en pequeña escala de hoteles y moteles en los Estados Unidos de América. Los esfuerzos más exitosos en esta categoría tuvieron lugar en la década del '70 y principios de los '80 en dos actividades que anteriormente habían experimentado poco en el *franchising*: bienes raíces y remodelación y/o viviendas.

En los años '60 Anthony Yñiguez y su empresa Red Carpet Realty con sede en California, Estados Unidos de América, experimentaron el primer éxito en gran escala al convertir oficinas inmobiliarias independientes en franquiciados que compartían nombre unificado. Anthony Yñiguez apeló a las sensibilidades y metas financieras de las empresas independientes en franquicias que advertían que trabajar en forma conjunta bajo único estandarte resultaba más eficiente que competir entre sí. Art Bartlett tomó "prestado" el sistema de Yñiguez y fundó Century 21. A partir de 1971, de ser una simple oficina, la cadena Century 21 creció espectacularmente a través de las franquicias de conversión hasta alcanzar 7,500 oficinas en 1979 (Century 21 fue adquirida en una operación bursátil por Trans World Corp en 1979 y fue vendida a Metropolitan Life por más de US\$5,250 millones en 1985).

Una medida clara del desarrollo de las franquicias en los Estados Unidos de América ha sido el apoyo del gobierno de ese país. El Departamento de Comercio, a demás de publicar encuestas e investigaciones anuales, así como su completísima guía de oportunidades: *Franchise Opportunities Handbook* ha sido muy activo en la promoción de

las franquicias como formato de negocio. Por medio de Small Business Administration provee asesoría, seminarios y apoyo financiero a los franquiciatarios.

Otra fuente de información y apoyo ha sido la Asociación Internacional de Franquicias (I.F.A.), fundada en 1960 por William Rosenburg creador de Dunkin Donuts, ubicado en Washington. La más importante responsabilidad de la Asociación ha sido representar los intereses de las compañías de franquicias ante el Congreso de los Estados Unidos de América, evitando la promulgación de leyes que pudieran obstruir el crecimiento y desarrollo de las franquicias en ese país.⁵

En los años venideros se espera en los Estados Unidos de América, una clara tendencia de crecimiento de las franquicias. De hecho, el Departamento de Comercio Norteamericano, ha estimado que, para el año 2001, la mitad de las ventas al menudeo se llevará a cabo por medio de franquicias, lo cual equivaldría a más de 20% del producto interno bruto norteamericano.⁶

No obstante lo anterior, en el año 1971, en respuesta a una cantidad creciente de irregularidades jurídicas en el franchising, California promulgó la primera ley de inversión de franquicia, vigente a partir del 1° de enero de 1971. La ley está encaminada a prevenir el fraude en relación con la oferta y venta de franquicias en el estado de California. Durante la década de los '70 y '80 otros catorce estados: Hawai, Illinois, Indiana, Maryland, Washington, Michigan, Nueva York, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Oregon, Rhode Island, Wisconsin, Minesota y Virginia, más el distrito de Columbia y una provincia canadiense: Alberta, han adoptado reglamentos y disposiciones que obligan a los franquiciantes a presentar una extensa información acerca de la naturaleza de la oferta de franquicia y los antecedentes de las personas que la efectúan, antes de ofrecerla y venderla.

⁵ **González Calvillo, Enrique.** Op. Cit. p. 23.

⁶ The Naisbitt Group International Franchise Asociación, the future of franchising: looking 25 Year Ahead to the Year 2010, Washington, D.C., p. 27, citado por **González Calvillo, Enrique.** Op. Cit. p. 23.

A este proceso se le llama comúnmente “inscripción” y los estados que la requieren se conocen en el ramo como “estados de inscripción”. En cualquiera de ellos se requiere el registro, si se produce cualquiera de las siguientes situaciones:

- La oferta es realizada desde el estado
- La oferta es recibida desde el estado
- El franquiciatario está domiciliado en el estado
- El franquiciante reside en el estado
- La empresa del franquiciatario está situada en el estado.

En los estados restantes en los que no se aplica ni leyes de franquicia, ni de oportunidades comerciales, no se necesita presentar documentos de franquicia ante los órganos estatales. No obstante, en todos los estados, antes de vender una franquicia el franquiciante debe proporcionar a los inversionistas potenciales una circular de oferta, también conocida como Circular de Oferta Uniforme de Franquicia (U.F.O.C) elaborada de acuerdo a las pautas de la Federal Trade Commission (Comisión Federal de Comercio) – organismo gubernamental que regula y supervisa los métodos y prácticas comerciales-, cuyas reglas requieren que los franquiciantes proporcionen a los potenciales inversionistas, información muy específica sobre ellos mismos, la empresa y las condiciones de la relación de la franquicia, con todos los contratos y estados contables pertinentes y según un cronograma previamente formulado. Los decretos de la Comisión Federal de Comercio, no son considerados técnicamente como leyes de franquicias. En su mayoría, estos decretos se promulgaron con el propósito de proteger al consumidor.

Además de las leyes estatales sobre registro de franquicias y los decretos de la Comisión Federal de Comercio, cerca de dieciséis estados, más el distrito de Columbia, Puerto Rico y las Islas Vírgenes, han aprobado “leyes de relación de franquicias”. Estas leyes por lo general limitan los poderes de los franquiciantes con respecto a la terminación y renovación de los contratos de franquicia. El propósito de las leyes de relación de franquicia es asegurar que las terminaciones sólo sucedan de acuerdo a un debido proceso y por causas razonables. Sin embargo, sólo un estado, Iowa, ha decretado una verdadera ley

de protección al franquiciatario, la denominada Iowa Fair Franchising Practices Act. (Ley de Prácticas Justas de Franquicia), de 1992.

2. ORIGEN Y DESARROLLO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La aparición de las franquicias en nuestro país es reciente, los primeros casos de franquicias se conocieron en la década de los 80' del siglo que apenas acaba de concluir. También, en virtud de que fue precisamente el 11 de enero de 1982 cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Transferencia de Tecnología, a la que en buena medida se le atribuye que la franquicia no haya podido desarrollarse en nuestro país sino hasta finales de los años 80'⁷.

Al referirnos a las franquicias en México, resulta imposible no hacer alusión, aunque sea en forma breve al caso de Mc Donald's, la que sin temor a equivocarme, podría decir que de una u otra forma, "abrió paso" a otras franquicias extranjeras en el mercado mexicano.

Mc Donald's tomó la decisión de entrar en nuestro país en los primeros años de la década de los 80', en un momento de dificultad económica y de gran incertidumbre acerca del futuro de nuestro país. En 1982 asumió la presidencia de la República el Licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, precisamente el primero de septiembre de ese año, se produjo una serie de acontecimientos que pusieron a nuestro país y su economía al borde de un colapso de dimensiones extraordinarias: se nacionalizó la banca, se impulsó un decreto de control de cambio por primera vez en nuestro país y se suspendió el pago de la deuda externa al registrar el Banco de México uno de los índices de reserva internacional más bajos de su historia reciente.

Es en esta época precisamente cuando Mc Donald's comenzó a sentar las bases para su ingreso al mercado mexicano. Primero celebró contratos de franquicia con los señores Saúl Kahan y Diego Zorrilla respecto de las dos primeras unidades que abrirían en la Ciudad de México y Monterrey. La primera unidad fue abierta por Saúl Kahan en noviembre de 1985. Antes de la apertura de la unidad franquiciada, Mc Donald's hubo de obtener la aprobación y registro de su contrato ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, hoy Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, lo cual representó un trámite difícil y complicado.

Para que la aprobación y registro de los contratos fuera posible, las autoridades impusieron a Mc Donald's una serie de interminables compromisos. Como dato curioso, para que las autoridades pudieran aprobar y ordenar el registro de los contratos, fue necesario que estos entendieran lo que es una franquicia y las diferencias básicas que existen entre este tipo de contrato y los que tradicionalmente se habían sometido a la aprobación y registro en el pasado.

Así fue como con el ingreso de Mc Donald's y otras importantes franquicias norteamericanas entre las que figuran Haward Johnson, TGI Friday's y Funddruekers, se marcó a finales de 1987 el inicio de lo que en los años posteriores, sería el desarrollo de las franquicias en México.

En 1988, precisamente por el interés que ya empezaba a despertar en los Estados Unidos de América el desarrollo de las franquicias en nuestro país, la Asociación Internacional de Franquicias nombró a un representante en México para que le informara de los cambios que se generaban en la Ley de Transferencia de Tecnología y que pudieran favorecer o afectar a las franquicias en México.

La primera conferencia sobre franquicias que se llevo a cabo en México, fue celebrada el día 16 de junio de 1988, en la Ciudad de Guadalajara, Jalisco, por la Cámara Americana de Comercio (American Chamber of Commerce), en ella se acordaron adoptar

⁷ Los cambios que impidieron el desarrollo de la franquicia en nuestro país de acuerdo con la ley citada, se

proyectos sobre disposiciones legales que fueron menos restrictivas y más adecuadas para el desarrollo de esta nueva forma de hacer negocios y colaborar con las autoridades mexicanas para implantarlos.

A finales de 1987 se concibió la idea de crear la Asociación Mexicana de Franquicias a cual quedó instalada en el mes de febrero de 1988. La asociación tiene como propósito fundamental la difusión y promoción de las franquicias en nuestro país y pugnar por el mejoramiento de las condiciones legales para así propiciar un crecimiento sostenido de las franquicias en México.

Algunas de las compañías que firmaron contratos e iniciaron operaciones en México en 1989 son: Alphagraphics, Thrifty Ren A Car, Super & Motels, Days Inny, Hard Rock Café, posteriormente en los años 1990 y 1991 ingresaron a México, Burger King, Wendy's, Domino's Pizza y Subway.

El Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión que en términos del artículo 73 fracciones X y XXIX-F de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra facultado para legislar en materia de comercio y transferencia de tecnología, un proyecto de Ley de Propiedad Industrial en los primeros días del mes de diciembre de 1990, en virtud del cual se abrogaría la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas. El proyecto de ley no fue aprobado durante el periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión, que concluyó el 31 de diciembre de ese mismo año.

Debemos recordar que la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas o Ley de Transferencia de Tecnología fue concebida dentro de un contexto económico y político totalmente distinto al que vivió el país en los albores de la década de los 90' del siglo pasado.

Para el Estado Mexicano no pasó desapercibido que en la década de los 80', la joven industria mexicana se encontraba ávida de importar la tecnología que requería para su crecimiento, resultando que, en la importación de dicha tecnología, se incurriera en abusos que perjudicaban a los adquirentes de la misma, ya sea porque se les proporcionaba tecnología anticuada o inoperante o porque el precio al que se les vendía o arrendaba era desproporcionado.⁸

Se pretendió resolver el problema mediante la Ley de Transferencia de Tecnología, instituyendo el registro de todos y cada uno de los contratos de tecnología que tuvieran efectos en México (contratos de licencia, de asistencia técnica, de asesoramiento y de información técnica). Para efectos de esta ley, un contrato de franquicia se consideraba como transferencia de tecnología.

Si analizamos la Ley de Transferencia de Tecnología resulta claro que el legislador no estaba de acuerdo, ni mucho menos interesado en que el "proveedor" de la tecnología tuviera el derecho de participar tan activamente en la administración de la actividad del "receptor" como ocurre en el caso de las franquicias.

Podríamos considerar que las áreas de mayor preocupación para las compañías que contemplaron otorgar franquicias en México durante la vigencia de la Ley de Transferencia de Tecnología fueron, las siguientes:

- La imposibilidad de pactar en el contrato un periodo de vigencia mayor de los 10 años.
- La dificultad de prever en el contrato el derecho del franquiciante para intervenir en la administración del negocio.
- La constante preocupación de que la autoridad considerara el monto a pagar por concepto de regalías, como excesivo en el ejercicio de la facultad discrecional.

⁸ González Calvillo, Enrique, Mazer, Joyce, *Franchising in México: Breaking With Tradition*, *Franchise Law Journal*, American Bar Association, Number 1, Summer 1987, p. 3.

- La ineficaz protección para los secretos industriales y la confidencialidad por parte del franquiciatario respecto de la información proporcionada a éste por el franquiciante.

El reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología publicado en el Diario Oficial el 9 de enero de 1990 resolvió en forma casi definitiva la incertidumbre que existía en cuanto a la aprobación y registro de contratos de franquicias en México, con él se lograron dos objetivos muy importantes: se definió por primera vez en México el término franquicia y se establecieron una serie de excepciones a lo previsto en la Ley de Transferencia de Tecnología en cuanto a la negativa de registro. El reglamento de la ley citada, dice que:

"se entenderá como acuerdo de franquicia, aquél en el que el proveedor además de conceder el uso o autorización de explotación de marca o nombres comerciales al adquirente, transmitirá conocimientos técnicos o proporcionará asistencia técnica"

Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de junio de 1991, la cual fue modificada en su denominación por la de *Ley de la Propiedad Industrial* mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 1994, otorgó la seguridad jurídica mínima que franquiciante y franquiciatario apelaban y contribuyó al crecimiento y fortalecimiento de las franquicias en México. El artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, es el único que específicamente se refiere al contrato de franquicia, cuyo contenido se puede resumir así:

- * Definición de la franquicia
- * Obligación por parte del franquiciante de entregar a los futuros franquiciarios previamente a la celebración del contrato, la información básica sobre la misma, en un documento denominado por los especialistas como Circular de Oferta de Franquicia.
- * Inscribir el contrato de franquicia ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial de la Secretaría de Economía.

El reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial publicado en el Diario Oficial el día 23 de noviembre de 1994, en su artículo 65 enlista el contenido de la información básica de carácter técnica, económica y financiera que el titular de la franquicia debe proporcionar al interesado en la celebración de un contrato de franquicia

2.1 LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO CONSTITUCIONAL MEXICANO

A fin de fijar con precisión el tema, debemos tomar en cuenta lo establecido por el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.” Y el artículo 41 dispone: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éste, y por los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.” El principio que determina las atribuciones que respectivamente corresponden a los Poderes de la Unión y de los Estados, es el que consagra el artículo 124 de la propia Constitución Federal: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”

El precepto fundamental del orden jerárquico normativo del derecho mexicano lo formula el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece: “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” (Principio de la supremacía de la Constitución).

El precepto revela que los grados superiores de la jerarquía de las normas están integrados, en nuestro derecho:

- 1.- Por la Constitución Federal
- 2.- Por los tratados internacionales y,
- 3.- Por las leyes federales

Las leyes federales, como en la especie la Ley de Propiedad Industrial tienen, pues, de acuerdo con la disposición anteriormente trascrita, el mismo rango.

El Congreso de la Unión en términos de las facultades que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le atribuye en su artículo 73 fracción X y que establece: “El Congreso tiene facultad: para legislar en toda la República sobre ... comercio...”; así como en la fracción XXIX-F, que establece: “Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.” decreto la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991 o Ley de Propiedad Industrial según modificación que sufriera a su denominación, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 2 de agosto de 1994. Las disposiciones de la Ley de la Propiedad Industrial son de orden público y de observancia general en toda la República, así lo determina su artículo 1º; y de acuerdo a lo que dispone el artículo 2 de éste ordenamiento, esta ley tiene por objeto: fracción I.- “Establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfección de sus procesos y productos.” Así como: fracción II.- “Promover y fomentar la actividad inventiva de aplicación industrial, las mejoras técnicas y la difusión de conocimientos técnicos dentro de los sectores productivos”; también como lo indica la fracción III.- “Propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios

en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores"; y fracción V.- "Proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención, registro de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas y avisos comerciales, publicación de nombres comerciales, declaraciones de protección de denominaciones de origen y regulación de secretos industriales." Todo ello en correlación con lo que dispone el artículo 142 de la misma ley, la establece: "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 presentar 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 estudio que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta ley. Para la inscripción de la franquicia serán aplicables las disposiciones de este capítulo." Sentando así las primeras bases en ámbito jurídico para lograr un desarrollo sostenido de las franquicias en nuestro país.

3. DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA

La franquicia es para América Latina una novedad incorporada en la última década del Siglo XX, a excepción de Brasil, como más adelante se verá. Expondré a continuación el desarrollo de las franquicias en Argentina, Brasil y Chile, porque son los países que más han desarrollado las franquicias, en comparación con el resto de los países de América Latina.

3.1 DESARROLLO EN LA REPÚBLICA DE ARGENTINA

La literatura que de Argentina ha llegado a México sobre el franchising es incipiente, ello se debe probablemente a que no existe disposición legal que lo regule.

El franchising (término inglés, adoptado por los argentinos para referirse a la franquicia), es para la República de Argentina una novedad de los negocios nacida en la década de los 90'. Para entender la introducción del franchising en ese país, es necesario tener en cuenta que es una República Federal donde predominan los regionalismos, pero existe un poder central muy fuerte, que prohibió constitucionalmente el dictado de instituciones particulares en los estados-provincias que componen la organización política del país. Así, sólo existe una legislación de fondo: un código civil, un código penal, un código de minería; así las provincias se reservan todo el poder no delegado al gobierno central.

En Argentina desde 1994 existe una veintena de compañías norteamericanas que practican el franchising, entre ellas se encuentran: Pizza Hut, Coca Cola, Pepsi Cola, Hertz, Avis, National, Holiday Inn, Addidas, Mc Donald's y Burger King.

Preocupa a la doctrina nacional argentina, precisar cuales normas son aplicables al franchising, frente a la ausencia de disposición concreta en ley. Los juristas en general opinan que son aplicables a los contratos atípicos las normas generales de carácter imperativo contenidas en el Código Civil Argentino, la autorregulación de intereses libremente escogidos por las partes y finalmente, los usos y la jurisprudencia, si son contratos de tipicidad social o bien, la analogía.⁹

Ordinariamente en la celebración del franchising, se aplica el principio de la autonomía de la libertad, consagrado en el artículo 1197 del Código Civil Argentino, que atribuye a las convenciones hechas por los particulares el valor de la misma ley, en tanto y cuanto tales convenciones no vulneren el orden público, la moral o las buenas costumbres.

3.2 DESARROLLO EN BRASIL

Las franquicias en Brasil surgieron en una forma muy distinta a la de los demás países que "importaron" sus franquicias de los Estados Unidos de América, las franquicias "extranjeras" fueron desalentadas en este voluminoso mercado por los controles de divisas que restringen la salida de regalías y dividendos, por lo que los brasileños crearon sus propias franquicias.

A mediados de la década de los 50', Brasil ya contaba con tres franquicias que operaban de acuerdo con esquemas de primera generación, o sea, de formato de marca y producto. Para 1992 existían ya 50,000 franquicias en funcionamiento en territorio brasileño. Esta cifra coloca a Brasil en tercer lugar mundial, por el número de negocios franquiciados, después de los Estados Unidos de América y Japón, lo que es impresionante si se toma en cuenta que las franquicias empezaron a difundirse en Brasil recientemente.¹⁰

La Asociación Brasileña de Franquicias, fundada el 7 de junio de 1987 con sede en Sao Paulo, tiene como principal objetivo divulgar en Brasil las ventajas del sistema de franquicias para los franquiciantes, franquiciatarios y consumidores en general.

El Ministerio de Industria y Comercio y la Asociación Brasileña de Franquicias han dirigido sus esfuerzos para despertar el interés y apoyar a la industria brasileña, para que se desarrolle franquicias nacionales.

En el mercado brasileño coexisten franquicias que tienen un grado de desarrollo muy diverso y que para efectos didácticos, el Instituto Franchising creado en 1989 ha denominado como franquicias de primera, segunda y tercera generación.

⁹ Marzorati, Osvaldo, citado por González Calvillo, Enrique. Op. Cit. p. 41; Donald D. Boorian. Op. Cit. p.110.

¹⁰ Cherto, Marcelo. *Franchising: Revolucion No Marketing*. Tercera Edición, Sao Paulo, 1989, p. 25 y sig.

Las franquicias de estas tres generaciones representan diferencias conceptuales entre sí. Las franquicias de primera y segunda generación, en el concepto brasileño constituyen operaciones hasta cierto punto rudimentarias, en las cuales básicamente se concede al franquiciante el derecho de usar la marca en relación con la venta de uno o más productos, generalmente provistos por el franquiciante o por alguien ligado a éste.

Por su lado las llamas franquicias de tercera generación o *Busines format franchise*, contienen varios ingredientes más, además de una marca y de un producto, en una franquicia de este genero lo que el franquiciante le transfiere al franquiciatario es toda una forma de instalar, operar y administrar, con eficiencia, un determinado tipo de negocio.

En las franquicias de tercera generación, todos los sistemas relacionados con los negocios que el franquiciante operará son previamente desarrollados y aprobados en la práctica para después transferirlos al franquiciatario con la utilización de métodos profesionales de capacitación y supervisión, todo a modo de garantizar el mantenimiento de la red comercial que habrá de instalarse, con patrones mínimos de uniformidad, tanto como operacional.

3.3. DESARROLLO EN CHILE

Hablar de Chile es referirse a una de las más brillantes economías del continente, la economía chilena tiene un valor intrínseco que es ampliamente reconocido en la comunidad internacional. Para el empresario mexicano se ha convertido en un foco de atención, debido al acercamiento que se logró con motivo del tratado comercial suscrito entre Chile y México en septiembre de 1991.

La economía chilena es una de las más abiertas de América Latina y quizá del mundo. La reducida participación del Estado en la economía y la actitud que existe hacia el libre comercio, son características importantes del ambiente económico que prevalece en ese país.

A partir de 1992 ya estaban instaladas franquicias como Mc Donald's, Kentucky Fried Chicken y se empezaron a desarrollar modalidades chilenas como Luminton, Village, Laverap, Grafix Express, Full Market.

El 3 de junio de 1993, fue constituida la Asociación de Franquicias de Chile, cuyo principal objetivo es de carácter educativo, ya que intenta divulgar en Chile las ventajas del franchising, lanzando libros y material sobre el tema de las franquicias.

A pesar de lo anterior, en Chile no existe disposición legal específica que regule las franquicias.

4. DESARROLLO EN JAPON

Este ha sido siempre un país dispuesto a asimilar conceptos occidentales ya implantarlos exitosamente. Ello se reflejó en el caso de las franquicias de origen norteamericano.

Las grandes diferencias culturales y de idioma, no fueron obstáculo, para que los empresarios extranjeros pudieran ingresar al mercado japonés. La densidad demográfica, así como el poder adquisitivo de los japoneses, son condiciones que lo hacen un mercado ideal para las ventas al menudeo. De tal forma fue que en 1965 Japón contaba apenas con siete franquicias y, para 1982 tenía 408, de las cuales 15% (65 franquicias) eran norteamericanas y vendían a través de 4490 negocios franquiciados.

En 1987 existían no menos de 600 redes comerciales de clara dominación norteamericana. La mayoría de estas compañías entraron por medio de franquicias maestras, término que desarrollare con posterioridad. Como en otros países las franquicias norteamericanas de más rápida aceptación han sido las de comida rápida y restaurantes, seguidas de las tiendas de menudeo en general, ventas de vehículos, etcétera.

La Asociación Japonesa de Franquicias fundada en 1972, centraliza la información referente a la industria, establece los estándares éticos a seguir y maneja la relación del Ministerio Interior Japonés con las pequeñas empresas que muestran un creciente interés en las franquicias.

5. DESARROLLO EN LA UNION EUROPEA

El Tratado de Roma de fecha 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, integrada por (Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Italia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y el Reino Unido), cuyo proyecto de integración original ha sido transferido en su esencia al Tratado de Maastricht o de la Unión Europea, firmado en febrero de 1992, prevé la prohibición de la agrupación de empresas o la constitución de grupos de interés económico, como los que importa la franquicia y que puedan colocar su operación en trance de monopolio, así en su artículo 80 y 85 proclama la incompatibilidad con el mercado común y la prohibición de los acuerdos entre empresarios que puedan perjudicar el comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto impedir o restringir el juego de la competencia de modo abusivo, de parte de una o más empresas, mediante una posición dominante en el mercado común o sobre una parte substancial del mismo.¹¹

El 3 de septiembre de 1986, la comisión de la entonces Comunidad Económica Europea emitió un documento relativo a los acuerdos, decisiones y prácticas concernientes a la colaboración entre empresarios, destinado a precisar los alcances de los supradichos preceptos y a establecer casos en los que no se incurre en las mencionadas prohibiciones, que implica ciertas restricciones a la operación de las franquicias.

Posteriormente la comisión de la extinta Comunidad Económica Europea emitió un reglamento número 4087/88 vigente del 1º de febrero de 1989 al 31 de diciembre de 1999, relativo específicamente a la franquicia. Este documento es una excepción a la aplicación

¹¹ El texto de los artículos está tomado de **Díaz Bravo, Arturo**. *Contratos Mercantiles*, México, 1982, p. 194.

de las diversas normas sobre competencia a que he venido refiriendo. De este reglamento conviene destacar que en los considerandos se determina que “*los acuerdos de franquicia son esencialmente licencias de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas comerciales, signos distintivos o know how, que pueden combinarse con obligaciones de suministro o compra de bienes*”.¹²

La Unión Europea ha elaborado un Código Deontológico de la franquicia en Europa, que establece las reglas sobre el comportamiento de las partes en este tipo de contrato. Este código establece que “*la franquicia es un método de colaboración contractual entre dos partes independientes e iguales; de una parte, una empresa franquiciadora y de otra, la empresa franquiciada*”.

La crítica respectiva a la concepción que la Comunidad Europea hace de la franquicia, es que no son correctos los términos “*empresa franquiciadora*”, ni “*empresa franquiciada*”, para referirse a las partes que celebran el contrato de franquicia, pues en caso de concebirse así, sería atribuirle a la empresa personalidad jurídica, lo que es jurídicamente imposible.¹³

¹² Arce Gargollo, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*, México, 1998, p. 322.

¹³ Vázquez Del Mercado, Oscar. *Contratos Mercantiles*, México, 1998, p. 119. A menudo se utiliza el término empresa para referirse a las sociedades, en razón a que las sociedades, son una forma, una organización de ejercicio colectivo de una actividad económica, de tal manera que la disciplina de la sociedad, precisamente en razón a la equivalencia de ésta a la empresa, absorbe la disciplina de la empresa. Sin embargo, existe diferencias respecto de ambos conceptos; la sociedad es un sujeto, en tanto, que la empresa no, dado que es solamente el resultado de la organización del empresario, sujeto, que lo es la sociedad. Hasta ahora casi todos los autores al referirse a la empresa no la han considerado como una persona y menos física. Los juristas afirman que el concepto de empresa se ha derivado del de empresario, que en sí puede ser persona física o moral. Empresario es, dicen, quien ejercita una actividad económica organizada para los fines de producción o de cambio de bienes y servicios para el mercado en general. Empresa es el resultado del ejercicio de esa actividad profesional. Empresario, concepto que se da y ha servido a la doctrina italiana, en el artículo 382 del Codice Civile Italiano; Barrera Graf, Jorge. *Tratado de Derecho Mercantil*, p. 174; De Gregorio, Alfredo. *Curso de derecho comercial*, cita del castellano, 1951, p. 14; Ferrara, Francesco. *Empresario y Sociedades*, Madrid, p. 46, define a empresario como aquel que ejerce una actividad intermediaria o una actividad de carácter industrial distinta y separada de la agrícola; Álvarez Soberanis, Jaime. *La Regulación de las Inventiones y Marcas de la Transferencia de la tecnología*. México, p. 284; Bauche Garcíadiego, Mario. *La Empresa*, México, p. 15; Ripert, George. *Derecho Comercial*, p. 110 y 245, todos citados por Vázquez Del Mercado, Oscar. Op. Cit. p. 120.

Por último cabe mencionar que existe la Federación Europea de Franquicias que agrupa a las asociaciones nacionales de los países siguientes: Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza y reino Unido. Su principal objetivo es proveer a las asociaciones locales de los países miembros, de un acceso a la regulación de los asuntos comerciales de la Unión Europea. Así mismo, la Federación Europea de Franquicias ha establecido un código de ética y tiene acceso al comité de comercio y distribución de la Unión Europea, así como al comité de liasón de la distribución (organismo no oficial, pero de gran importancia en cuanto a la distribución de productos en Europa).

CAPITULO II

CONCEPTO Y CLASES DE FRANQUICIAS

SUMARIO. 1. Concepto Económico e Importancia de la Franquicia en México.- 2. Denominación de la Franquicia.- 3. Concepto del Contrato de Franquicia.- 4. Elementos del Contrato de Franquicia.- 4.1 Elementos de Existencia.- 4.1.1 Formación del Consentimiento entre Presentes.- 4.1.2 Formación del Consentimiento entre no Presentes.- 4.1.2 El Objeto.- 4.2 Requisitos de Validez.- 4.2.1 Capacidad.- 4.2.1.1 Capacidad de Ejercicio del Comerciante Persona Física.- 4.2.1.2 Capacidad de Ejercicio del Comerciante Persona Moral.- 4.2.1.3 Incapacidad de Ejercicio y Prohibición para Ejercer el Comercio.- 4.2.2 Objeto, Motivo o Fin Lícito.- 4.2.3 Ausencia de Vicios.- 4.2.4 Forma Prescrita por la Ley.- 5. Categorías de la Franquicia.- 5.1 Franquicia de Marca y Producto.- 5.2 Franquicia como Formato de Negocio.- 5.3 Franquicia de Conversión.- 5.4 Otras Clasificaciones.- 6. Naturaleza Contractual.- 6.1 El Contrato de Concesión.- 6.2 El Contrato de Licencia.- 6.3 El Contrato de Asociación en Participación.- 6.4 Contrato de Comisión Mercantil.- 7. Característica de la Franquicia.- 7.1 El Contrato de Franquicia, como Contrato Mercantil.- 7.2 El Contrato de Franquicia, como Contrato Atípico.- 7.3 El Contrato de Franquicia, como Contrato Bilateral.- 7.4 El Contrato de Franquicia, como Contrato Oneroso.- 7.5 El Contrato de Franquicia, como Contrato de Tracto Sucesivo.- 7.6 El Contrato de Franquicia, como Contrato Consensual.- 7.7. El Contrato de Franquicia, como Contrato Intuitus Personae.

1. CONCEPTO ECONÓMICO E IMPORTANCIA DE LA FRANQUICIA EN MEXICO

Desde el punto de vista económico, Arce Gargollo dice que una franquicia “es un sistema de comercialización donde a un *pequeño empresario* (el franquiciatario) se le concede, a cambio de una contraprestación, el derecho de comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo a ciertas condiciones y prácticas establecidas por el franquiciante y con su asistencia”¹.

Me parece que en el contrato de franquicia no es requisito substancial, que el franquiciatario, sea un pequeño empresario, pues desde el grado económico puede ser una persona con gran capacidad económica o bien, nunca haber ejercitado el comercio como su ocupación ordinaria.

El número de negocios que utiliza el método de franquicia para la comercialización y distribución de bienes y servicios en México es muy amplio, como ejemplos de la clase de

¹ Arce Gargollo, Javier Op. Cit. p. 321

negocios que utilizan la franquicia, podemos mencionar: Belleza (salones de belleza y cosméticos), Computadoras, Construcción, Decoración, Gasolina, Remodelación, Educación, Fotografía y Vídeo, Hoteles, Imprentas, Mascotas, Recreación, Restaurantes, Reparación de automóviles, Ropa y Accesorios, Servicios Empresariales, Ventas al por menor y Viajes.²

En 1995 la economía mexicana registró una recesión económica como nunca antes. La contracción del 16.9% del Producto Interno Bruto y los más de 2.2 millones de desempleados, provocó que cerca del 400 unidades franquiciadas cerraran sus puertas y que cerca del 6% de la población económica quedará inactiva. Sin embargo, esta industria soportó mejor que el resto de la industria los embates de la crisis económica del país.³

Esta forma de hacer negocio en México agrupa a más de 600 empresas franquiciantes, da empleo a más de 200,000 personas y genera alrededor 7,000 millones de dólares anualmente. Hoy las franquicias representan un 1.8% del Producto Interno Bruto Nacional.

2. DENOMINACION DE LA FRANQUICIA

Respecto al término *franquicia* con que se denomina al contrato, nos dice Arce Gargollo que proviene de una traducción literal, quizá incorrecta, del vocablo *franchise*. La palabra es de origen francés (*franchisage*).⁴

En el diccionario para juristas, se traduce como:

“Exención y libertad concedida a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que extrae o introduce, o por el aprovechamiento de un servicio público. Parte de los daños o pérdidas no garantizadas por el asegurador, a causa de su poca importancia, y que suele fijarse en un tanto por ciento de la suma asegurada. Limite que fija el porcentaje

² Información tomada de la revista *Entrepreneur*. The Small Business Authority, enero del 2000, que menciona a las quinientas más importantes de 1999, p. 106 y sigs.

³ Información tomada de la revista *Expansión*, volumen 28, número 690, mayo de 1996, p. 26 y sig.

⁴ Arce Gargollo, *Jurista*, Op. cit., p. 323

de indemnización sobre el valor de la cosa asegurada y los riesgos que cubre el seguro marítimo”.

Las partes contratantes se denominan en inglés franchisor y franchisee, sin traducción aparente al español. En el Derecho Mexicano el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, designa a las partes como *franquiciante* y *franquiciatario*, y la Asociación Mexicana de Franquicias⁵, define al franquiciante como sigue:

Es toda persona física o moral que otorgue vía un convenio o contrato franquicia, licencia de uso de marca, servicio o producto en el mercado nacional.

Y, al franquiciatario lo define como :

Es toda persona física o moral que recibe del franquiciante la autorización contractual para el uso de su marca, de su producto o servicio.

3. CONCEPTO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Vázquez Del Mercado, define a la franquicia como:

“El contrato en el cual a una de las partes, el franquiciatario se le *concede* una autorización para que explote una marca fundamentalmente, o cualquier otro signo distintivo cuyo titular es la contraparte, el franquiciante; o bien, la franquicia es cuando se *concede* el derecho de exponer, vender o distribuir productos o servicios conexos a la marca u otro símbolo comercial del franquiciante”.⁶

Otro concepto de Vázquez Del Mercado:

⁵ González Calvillo, Enrique, Op. cit. tomo II, apéndice 3, p. 169

⁶ Vázquez Del Mercado, Oscar, Op. cit. 577

“Se entiende que la franquicia es un sistema de colaboración entre el productor de un bien o prestador de un servicio y un distribuidor, ambos con independencia uno del otro, pero vinculados por un contrato, en virtud del cual el primero permite al segundo la facultad de entrar en la cadena de distribución con el derecho de disfrutar bajo determinadas condiciones y cumplimiento de un pago, de lo que comprende la llamada propiedad industrial”.⁷

Guyenot define a la franquicia como:

“La *concesión* de una marca o servicio, a lo que se añade la concesión del conjunto de medios propios para permitir a la *empresa concesionaria* asegurar la explotación racional de la conversión y administrar la empresa en las mejores condiciones de rentabilidad para el mismo y para el *concesionario*”.⁸

Otra definición de Guyenot.

“El *franchising* se define como la *concesión* de una marca de productos o de servicios a la cual se le agrega la *concesión* de métodos y medios de venta”.⁹

Arce Gargollo define a la franquicia como:

“El contrato de franquicia es aquél por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de usos de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o de servicios en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca(s) y nombre comercial, a cambio de una contraprestación y generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación”¹⁰

⁷ Vázquez Del Mercado, Oscar. Op. cit. 578

⁸ Guyenot, Jean. *¿Qué es el franchising? Concesiones comerciales*, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 19

⁹ Guyenot, Jean. Op. Cit. p. 21

¹⁰ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. p. 34.

Díaz Bravo, conceptúa a la franquicia desde un doble aspecto, el primero material u operativo y el segundo jurídico.

Desde el punto de vista material u operativo, nos dice que “se trata de un sistema de distribución y comercialización conforme al cual un pequeño o mediano comerciante vende las mercaderías o servicios con la marca y empleo de los procedimientos que otro le proporciona”.¹¹

Desde el punto de vista jurídico se remite al artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial. El artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial señala: “Existirá franquicia cuando con la licencia de marca se transmiten 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 o imagen”.

4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

4.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

La existencia del contrato, presupone la reunión de los elementos fundamentales siguientes: *el consentimiento, el objeto y en algunas ocasiones la solemnidad.*

En el caso del contrato de franquicia, los elementos que le dan existencia son el *consentimiento* y el *objeto*, pasemos analizar cada uno de ellos.

¹¹ Díaz Bravo, Arturo, Op. Cit. p. 190

4.1.1. CONSENTIMIENTO

Respecto al consentimiento, Gutiérrez y González lo define como sigue: *"es el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir efectos de derecho, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior"*¹²

En la formación del consentimiento, nos encontramos siempre ante una *oferta, propuesta o peticación*¹³, nombre que se le da a la proposición de celebrar un contrato, y que en la especie corresponde al franquiciante (oferente, proponente o peticitante), y un asentimiento o conformidad con dicha oferta, que se denomina *aceptación*¹⁴, que en la especie corresponde al franquiciatario (aceptante).

Es pertinente que se analice el momento cuando el franquiciante lanza su oferta, propuesta o peticación, con el fin de determinar, a partir de que momento queda obligado a soportar su ofrecimiento, oferta o peticación con ánimo de celebrar el contrato de franquicia.

Es recomendable que la persona que pretende franquiciar su negocio, lleve a cabo varios actos que de forma previa le permitan seleccionar de entre varios interesados, al candidato o a los candidatos idóneos.

Existen varias formas para seleccionar al candidato o candidatos a franquiciatarios, dentro de las franquicias esas formas son en general muy parecidas y entre las más comunes tenemos:

¹² Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, México, 1993. p.215

¹³ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. p. 217, define a la peticación, como "una declaración unilateral de la voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, que contienen los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con el ánimo de cumplir en su oportunidad"

¹⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. p. 222, define a la aceptación, como: "una declaración unilateral de la voluntad mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, peticación u oferta"

- Que la persona que va a franquiciar verifique el perfil o características del interesado en la franquicia tomando en cuenta detalles como sexo, edad, estado civil, lugar de residencia, estudios, conocimientos, experiencia, disponibilidad de tiempo, disponibilidad de recursos, actitudes y aptitudes, si se trata de persona física y, situaciones como nacionalidad, tipo de sociedad mercantil, régimen de constitución, antigüedad de constitución y nombre de los socios que la conforman, cuando se trate de persona moral.
- Que el interesado en la franquicia llene una solicitud preliminar, misma que es utilizada solamente como una base de datos para el control de quien pretende franquiciar.
- Que el interesado en la franquicia llene una solicitud confidencial en la que la persona a franquiciar su negocio se entere más a fondo de la situación económica y social del primero, además de conocer sus intereses.
- Que el interesado en la franquicia cuando sea persona física realice un examen psicométrico para conocer a fondo si no posee algún problema que más adelante pueda deteriorar su desarrollo dentro de la franquicia y en el que quien va a franquiciar obtiene los rasgos más importantes de personalidad del candidato.
- Que una negociación dedicada a la investigación de la situación financiera de las empresas, investigue al interesado en la franquicia, para saber si cuenta con el capital necesario para invertir y de dónde proviene el mismo para saber si lo obtuvo de manera lícita.
- Que quien va a franquiciar investigue al interesado en la franquicia dentro de la comunidad en la que se desempeña mediante referencias que sobre su persona al efecto se le haya entregado.

Una vez que quien pretende franquiciar evalúa y selecciona de entre los interesados a la persona o personas idóneas a quienes va a otorgar la franquicia, es cuando el franquiciante lanza su oferta, policitud o propuesta de celebrar el contrato. La propuesta es una declaración de voluntad¹⁵ con la cual el proponente concede al destinatario el poder

¹⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, op. cit. p. 421, define a la declaración unilateral de la voluntad como: *“La exteriorización de voluntad, que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en capacidad de cumplir por sí o por otro, voluntariamente, una prestación de carácter patrimonial.”*

de dar vida, al contrato, mediante su aceptación¹⁶. No es negocio jurídico, sino una declaración unilateral de la voluntad, que debe persistir hasta que sea aceptada, en su caso, para que el contrato se perfeccione si el aceptante remite su aceptación.

4.1.1.1 FORMACION DEL CONSENTIMIENTO ENTRE PRESENTES

Se dijo que para que se forme el consentimiento son necesarias una oferta o peticación y una aceptación. Pues bien cuando se forma el consentimiento entre presentes,

pecuniaria o moral, a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o si existe, aceptar. **Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano**, México, 1992, p. 412 y sigs. Dice al respecto de la declaración unilateral de la voluntad: "Una nueva teoría, que hemos recibido de Alemania, tiene a crear una fuente de obligaciones, sostiene esta teoría que la declaración unilateral de la voluntad obliga por sí misma a su autor, independientemente de toda aceptación de otra persona. A esto se llama voluntad unilateral. Se ha pretendido que esta idea se encuentra de acuerdo con toda evolución del derecho, que trata de asegurar, cada vez mejor, la eficacia jurídica de la voluntad, y que sería un progreso considerar a la voluntad como la fuente única de todas las obligaciones creadas por los particulares. Todo contrato se descompondría así, en dos actos distintos, y cada parte se obligaría por un acto distinto de su propia voluntad. El punto de vista de esta teoría es el que debe rechazarse. Se dice que 'la voluntad individual es soberana respecto a quien la manifiesta, y que, por tanto, el compromiso que acepta una persona, bajo la forma de una simple declaración de voluntad de su parte, debe poseer la eficacia jurídica de la obligación'. Empero, los partidarios de esta teoría se ven obligados a reconocer inmediatamente, que mientras no se una la voluntad unilateral a otra, no puede formarse el lazo obligatorio; se confiesa que esta 'exigencia' nunca podrá ser suprimida, porque la voluntad individual, soberana sobre sí misma 'no produce efectos frente a terceros'. Por tanto la única fuente posible de las obligaciones voluntarias que queda, es el acuerdo entre el acreedor y el deudor, es decir el contrato". En el mismo sentido: **Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil**. Obligaciones, Traducido por **José M. Cajica**, Puebla, México, 1945, págs. 509 y 510. **Baudry-Lacantinere. Précis de Droit Civil**. Tomo II. No 790, citado por **Rojina Villegas, Rafael**, op. cit. p. 422, acepta que la voluntad unilateral sí puede crear obligaciones, porque: "podemos preguntarnos sino se debe agregar a la fuente de las obligaciones previstas en la ley, la declaración unilateral de la voluntad del deudor, independientemente de todo contrato celebrado con el acreedor, aunque esta opinión sea frecuentemente combatida, nosotros nos inclinamos a considerarla exacta, puesto que es la única que nos parece explicar de forma satisfactoria, cierto número de obligaciones indiscutiblemente válidas, como las que nacen de las disposiciones testamentarias, de las ofertas hechas por el adquirente de un inmueble hipotecado a los acreedores inscritos, las promesas de gratificar a quien encuentre tal objeto perdido, las obligaciones suscritas en títulos al portador, etc. Por otra parte se justifica teóricamente por la idea de que en definitiva, es la voluntad del obligado, la que, aún en las obligaciones contractuales, crea su obligación, pues la otra parte se limita a aceptarla y a aprovecharse de ella. ¿Por qué, esa misma voluntad, manifestada claramente, no podría obligarse validamente. Antes de que el futuro beneficiario de la obligación haya aceptado la oferta, ya que el único efecto de la aceptación es hacer irrevocable la oferta?. Se objeta que toda obligación supone un acreedor y que en ciertas hipótesis, que hemos citado, por ejemplo, las promesas de gratificación o los títulos al portador, no hay, en el momento de suscribirse la obligación, un acreedor determinado llamado a beneficiarse de ella. Pero eso importa poco, pues para que pueda nacer una obligación basta que el acto jurídico que la crea, existan los elementos necesarios para determinar posteriormente al acreedor, siendo éste el caso de las hipótesis consideradas". Creo que la solución al problema planteado, radica en diferenciar el nacimiento del derecho, del ejercicio del mismo, es decir, una vez nacido el derecho, tanto, en las hipótesis citadas, como cuando el deudor se impone obligaciones por su propia voluntad, el acreedor será libre para ejercitarlos o no. Ahora bien, el ejercicio es un hecho que supone el derecho ya constituido, la relación jurídica se puede constituir, a pesar de ser una relación entre dos sujetos, sin que intervenga el acreedor.

¹⁶ **Gutiérrez y González, Ernesto**, op. cit. p. 209; **Moto Salazar, Efraín**, op. cit. p. 229.

se pueden contemplar en derecho las siguientes hipótesis: *oferta sin fijación de plazo; oferta con plazo, oferta por teléfono; cuando el oferente queda libre de su oferta.*

a) *Oferta sin fijación de plazo.*- El artículo 1805 del Código Civil Federal establece: “*Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación del plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente...*” lo que quiere decir, a contrario sensu, que el oferente queda obligado sólo si su oferta recibe una aceptación inmediata pues, de lo contrario queda desligado de la misma. Esta forma de integrar el consentimiento entre personas presentes sin fijación de plazo, aun cuando, puede aplicarse a un contrato de franquicia, por las consideraciones que se mencionaran en el apartado siguiente, no resulta ser la más recomendable.

b) *Oferta con plazo.*- el artículo 1804 del Código Civil Federal se aprecia: “*Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda obligada por su oferta hasta la expiración del plazo*”. De lo que se desprende que si el autor de la oferta concedió un plazo para la aceptación, quedará obligado hasta la expiración de dicho plazo, o sea, debe mantener su oferta por todo el tiempo que concedió.

En materia de franquicias, ya vimos que es pertinente que el franquiciante, seleccione de entre los interesados a la persona o personas a quienes pretende franquiciar su negocio, por que entre otros factores, la relación jurídica que los vincula una vez celebrado el contrato puede durar algunos años. Pues bien, así como el franquiciante selecciona al candidato o candidatos idóneos, también el potencial franquiciatario debe considerar una serie de aspectos inherentes al negocio y la persona del franquiciante, para que en base a ello norme su criterio y decisión de emitir su aceptación en la celebración del contrato.

Entre los aspectos más comunes que el candidato debe tomar en cuenta, se encuentran:

- Que el candidato lea, vea y analice toda la publicidad acerca de la franquicia en la que se encuentra interesado.
- Que el candidato conozca más acerca de la empresa del franquiciante leyendo cuidadosamente la información general del negocio (artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial), de la que obtendrá datos como denominación o razón social, nacionalidad del franquiciante, descripción del negocio, antigüedad del mismo, tiempo que tiene de otorgar franquicias, cuántas unidades propias tiene, franquicias que hayan cerrado, tipo de asistencia técnica y servicios que el franquiciante proporciona, personal que labora en la empresa, zona territorial donde se pretende que al conceder la franquicia se explote, etcétera.
- Que el candidato vaya personalmente a visitar el mayor número de establecimientos tanto propios como franquiciados para conocerlos de manera más profunda y saber con exactitud lo que brindan.
- Que el candidato hable de manera personal o vía telefónica con el mayor número de franquiciatarios para conocer de manera personal y no vía el franquiciante las opiniones acerca del trato obtenido por parte del franquiciante.
- Que el candidato juegue el papel de "shopper" o comprador misterioso en algunos de los puntos de venta para ver realmente el servicio que éstos prestan, conociendo así lo ofrecido por el franquiciante. .

De lo que resulta que el franquiciante debe conceder al candidato un plazo o éste lo solicitarlo, para que exprese su aceptación, una vez que haya evaluado los aspectos antes trascritos.

c) Oferta por teléfono.- La parte final del artículo 1805 del Código Civil Federal establece que misma regla entre presentes, se aplica a la oferta hecha por teléfono, pues se considera que las partes están una frente a otra; por ello, el legislador establece idéntica solución y en la que no cabe más comentario.

- c) *Cuando el oferente queda libre de su oferta.*- Dijimos que la aceptación debería ser lisa y llana para que el oferente quede obligado. Ello debe entenderse en esta forma: que la aceptación no implique ninguna modificación a la oferta; lo anterior, de conformidad con el artículo 1810 del Código Civil Federal, el cual establece: “*El proponente (oferente) quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera...*”.

En el caso de que se modifique la oferta, se invierten los papeles; el que, en un principio, era oferente, pasa a ser destinatario; a la inversa, el que era destinatario se convierte en oferente.

4.1.1.2. FORMACION DEL CONSENTIMIENTO ENTRE NO PRESENTES

En la doctrina como en la legislación se reconocen diversos sistemas de formación del consentimiento entre no presentes, a saber: *sistema de la declaración, sistema de la expedición, sistema de la recepción y sistema de la información.*

- a) *Sistema de la declaración.*- Si se dice que el consentimiento es un acuerdo de voluntades, tan pronto como el destinatario, recibe la oferta y está conforme con ella, se forma el consentimiento.
- b) *Sistema de la expedición.*- No basta con que el destinatario esté conforme con la oferta, como sucede dentro del sistema de la declaración; se requiere un momento más: es necesario que el destinatario haga saber su conformidad a la oferta por medio de una carta o telegrama y que la deposite en la oficina correspondiente. En ese momento se forma el consentimiento. A propósito el Código de Comercio en su artículo 80, párrafo primero, adopta, justamente éste sistema. *Sistema que tiene aplicación en la formación del consentimiento en un contrato de franquicia.*

Este sistema tiene sobre el de la declaración, la ventaja de que la aceptación se objetiva y el aceptante pierde sobre ella el control. Pero tiene la desventaja práctica de que si el aceptante envía por un medio más rápido una retractación de su aceptación y está llega primero al proponente no habrá quedado obligado el aceptante. Esta situación la sanciona el artículo 1808 del Código Civil Federal al decir: *“La oferta se considera como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica en caso de que se retire la aceptación”*.

- c) *Sistema de la recepción.* - Este sistema aceptado por el Código Civil Federal en su artículo 1807, consta de un paso más dentro de la secuela del sistema inmediatamente anterior; es decir, no basta que se deposite la carta o el telegrama, es necesario que llegue a su destino, o sea, al domicilio del oferente. En ese momento se forma el consentimiento, por lo cual se le designa con el nombre de sistema de la recepción. Así lo indica, precisamente, el artículo antes citado: *“El contrato se forma en el momento en el que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes”*.
- d) *Sistema de la información.* - De acuerdo con éste sistema, el consentimiento se forma en el momento en el que el proponente (oferente) se entera del contenido de la aceptación. No basta con que reciba la aceptación, es necesario que se informe de ella. Dijimos que el Código Civil Federal reconocía el sistema de la recepción; sin embargo, hay un caso de excepción: el contrato de donación, que se rige por el sistema de la información, según se desprende de lo preceptuado en los artículos 2340 y 2346 del ordenamiento citado.

4.1.2 EL OBJETO

El objeto es el segundo de los elementos de existencia del contrato de franquicia, éste no puede existir cuando carece de materia y esta puede consistir en una cosa o un hecho, o en ambas.

Tanto el bien como el hecho que son objeto de un contrato, los refiere el artículo 1824 del Código Civil Federal, que a la letra dice: “son objeto de los contratos:

I.- La cosa (sic.) que el obligado debe dar [o prestar].

II.- El hecho que el obligado debe hacer o [la abstención que deba observar] no hacer”¹⁷.

En el contrato de franquicia se debe conceder licencia de uso de *marca* y transmitir conocimientos técnicos o proporcionar *asistencia técnica*, así lo determina el artículo 142 de la Ley de la propiedad Industrial.

Cuando el contrato crea una conducta que tiene por objeto que el deudor dé una cosa puede esta prestación revestir los diversos supuestos que el artículo 2011 del Código Civil Federal especifica: “*la prestación de cosa puede consistir:*

I.- *En la traslación de dominio de cosa cierta;*

II.- *En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;*

III.- *En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida”.*

A propósito, nos interesa la disposición relativa a *enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta*, a la que se hace referencia en la fracción II del artículo 2011 antes transcrita del ordenamiento legal en cita, respecto a que precisamente en el contrato de franquicia, el franquiciante se obliga a **licenciar de manera no exclusiva y**

¹⁷ **Gutiérrez y González, Ernesto.** Op. cit. p.241, hace una serie de observaciones al respecto de cómo se encuentra redactada la disposición normativa en comento, al decir: “*se ha dicho que el objeto del contrato es crear o transmitir obligaciones, y que el objeto de las obligaciones es dar, hacer o no hacer, entonces esta norma debió decir que es objeto de los contratos, la conducta de dar cosa y no decir la cosa que el obligado debe dar*”. Respecto al hecho comenta: “*asi como se emplea la palabra ‘hecho’, significa acción y en el caso*

temporalmente el derecho de uso de una marca y a proporcionar asistencia técnica o conocimientos técnicos, pero por cierto tiempo. La función de una marca es una indicación de calidad. La marca del producto o servicios objeto del contrato de franquicia es un elemento esencial. La Ley de la Propiedad Industrial establece claramente que sólo habrá franquicia para el Derecho mexicano cuando exista licencia de marca (artículo 142 de la citada ley). En el artículo 88 de la Ley de la Propiedad Industrial, se define a la marca, al decir “*es el signo visible que distingue productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado*” que da derecho a su titular a un uso exclusivo.

Para que las cosas puedan ser objeto de los actos jurídicos, deben: 1º Existir en la naturaleza (o ser susceptible de existir). 2º Ser determinadas o determinables en cuanto a su especie y, 3º Estar en el comercio.

Por lo que se refiere al hecho objeto de contrato, éste debe satisfacer los requisitos que señala el artículo 1827 del Código Civil Federal, que establece: “*El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser:*

I.- *Posible;*

II.- *Lícito.*

Un hecho o una abstención, son posibles, cuando van de acuerdo con las leyes de la naturaleza y las jurídicas de orden público¹⁸, en sentido contrario, no podrá constituir el objeto de un contrato aquel hecho o abstención que va contra una ley de la naturaleza que necesariamente debe regirlo, bien contra una norma jurídica cuyo obstáculo sea insuperable para su realización, bien finalmente por que pugne simultáneamente con una ley natural y una jurídica.

‘el hecho de no hacer’, la prestación de traduce en un no hacer, en una abstención, que es precisamente lo contrario”.

¹⁸ **Caso, Angel**, citado por **Moto Salazar, Efraim**, *Elementos de Derecho*, Décima segunda edición, México, 1967, p. 27, dice: “es casi imposible dar una definición de lo que por orden público debe entenderse; sin embargo, podría decirse de él que consiste en un conjunto de reglas establecidas por el legislador para que la sociedad pueda vivir”; **Moto Salazar, Efraim**, op. cit. p. 28 agrega: “que es lo que interesa directamente a la sociedad e indirectamente a los particulares”

Como elemento esencial del contrato de franquicia, es que el franquiciante *transmita conocimientos técnicos*¹⁹ o proporcione *asistencia técnica*²⁰. La transferencia de esta tecnología²¹ tiene como finalidad que el franquiciatario pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos 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.

4.2. REQUISITOS DE VALIDEZ

4.2.1 CAPACIDAD

Tanto el franquiciante como el franquiciatario deben tener plena capacidad²² de ejercicio para celebrar el contrato de franquicia.

El artículo 1798 del Código Civil Federal establece: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley", luego, toda persona física o moral puede ser franquiciante o franquiciataria, siempre que no se encuentre exceptuada por la ley ya sea por causa de incapacidad de goce (artículo 27 fracciones I, II y III, IV de la Constitución

¹⁹ **Arce Gargollo, Javier.** Op. cit. p. 327, anota, "el concepto de *conocimientos técnicos* se conoce como *Know-how* (abreviatura de *Know how to do it*, saber como hacerlo), comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños que no están patentados o no son patentables, que se evidencian a través de alguna forma física como dibujos, especificaciones o diseños, que incluyen casi invariablemente secretos comerciales y que pueden comprender experiencia técnica acumulada y habilidad práctica y que, como mejor se comunican, o quizá en la única forma que pueden transmitirse es a través de servicios personales. El *know how* aparecerá siempre como materia del contrato de franquicia, aunque su alcance y definición específica sea muy vago. Incluye una buena parte de experiencia generalmente secreta, y puede variar durante la vigencia del contrato y el franquiciante hará saber al franquiciatario los cambios y actualidad de los conocimientos desarrollados para el mejor modo de explotar el negocio". **Hernández Esparza, Patricia.** *El Contrato de Asistencia Técnica*, México, 1969. P. 96, define al contrato de know how, como aquél "por el cual una parte, llamada transmisora de la tecnología o asistencia técnica, aporta conocimientos y elementos materiales de carácter técnico y la otra parte, receptora, da a cambio una remuneración".

²⁰ **Arce Gargollo, Javier.** Op. cit. p. 327, dice que 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". A la asistencia técnica se refiere el Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial en su artículo 65 fracción VI.

²¹ **Lenski** citado por **Díaz, Bravo Arturo.** Op. cit. p. 177, dice que tecnología es "la información, métodos e instrumentos por medio de los cuales la gente utiliza los recursos materiales de su ambiente para satisfacer sus diversas necesidades y deseos".

²² **Gutiérrez y González, Ernesto.** Op. Cit. P. 341 dice que se entiende por capacidad: "la aptitud de ser sujeto de derechos y deberes y hacerlos valer"

Política de los Estados Unidos Mexicanos) ya se también por incapacidad de ejercicio en general (artículo 450 fracciones I y II del Código Civil Federal), en el caso de la incapacidad especial (artículo 176 del Código Civil Federal) o bien, por la prohibición para ejercer el comercio (artículo 12 del Código de Comercio), temas que a propósito se desarrollan ampliamente en los apartados 4.2.1.2 y 4.2.1.3 de éste trabajo. Bien vale la pena comentar, que respecto a la incapacidad general a que se refiere el artículo 450 del Código Civil Federal, el cual determina: *“Tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o por la adicción o sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación o alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio”*. Los actos jurídicos realizados directamente por las personas que se encuentran en alguno de los casos señalados, no son validos y, por tanto, se encuentran afectados de nulidad y, sin embargo, en tanto, son restricciones a la personalidad jurídica, no les priva de la posibilidad de ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, puesto que así lo determina el artículo 23 del Código Civil Federal. En el mismo sentido, el artículo 556 del Código de Civil Federal prevé el supuesto en que un menor de edad puede ser comerciante y ejercitar el comercio por medio de su representante. La representación, es una institución que tiene por objeto la protección de los incapaces, y que consiste en que una persona obre en nombre y en interés del sujeto incapacitado, adquiriendo sus derechos y obligaciones, ejercitando unos y cumpliendo las otras. En un contrato de franquicia debido a la estrecha relación contractual que deben mantener las partes durante la vigencia de ésta, nos implica que no obstante, que quien tenga incapacidad legal o natural a la que la ley alude si puede formar parte en un contrato de esta naturaleza, no resulta ser la persona más idónea para ser franquiciante o franquiciatario.

4.2.1.1 CAPACIDAD DE EJERCICIO DEL COMERCIANTE PERSONA FISICA

En los siguientes apartados me dedicaré a analizar la capacidad de ejercicio en las personas físicas y jurídicas que ejercen el comercio, en virtud de que el contrato de franquicia convierte a franquiciante y franquiciatario, precisamente en comerciantes.

El Artículo 3 del Código de Comercio reputa en derecho comerciante individual a las personas físicas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hacen de él su ocupación ordinaria. Son, pues, tres los requisitos que desde el punto de vista de la ley se tienen que cumplir para ser comerciante: capacidad, ejercicio del comercio y ocupación ordinaria. De ellos sólo comentaremos el primero, en virtud de que es el tema que se trata en este apartado.

- a) *Capacidad.* La capacidad a la que se refiere el Código de Comercio es la capacidad de ejercicio y no a la capacidad de goce. Se requiere capacidad no para ser comerciante, que la tiene por regla general, cualquier persona, sino la capacidad para ejercer el comercio.

Así como la ley regula la capacidad de goce y de ejercicio de las personas, también establece que determinadas personas no pueden tener ciertos derechos, creando así una *incapacidad de goce*; o bien la ley determina que, teniendo esos derechos, les está vedado ejercitarlos por sí, de donde resulta la *incapacidad de ejercicio*.

En efecto, del artículo 5º del Código de Comercio se desprende que aquellos que pueden conforme al derecho común contratar y obligarse, pueden a la vez tener la profesión del comercio, pero no todos ellos pueden ejercerlo. Para ejercerlo es necesario que las mismas leyes no se lo prohiban.

Así pues, comerciante puede ser cualquier persona capaz y ejercerlo sólo a quien se le permite.

En esta virtud, los menores y otros sujetos incapaces, podrán ser comerciantes, pero no ejercitar el comercio. En el artículo 556 del Código Civil Federal encontramos el supuesto en que un menor de edad puede ser comerciante, al advertir la posibilidad de que el menor adquiera por herencia una negociación, en cuyo caso, a juicio del juez, puede continuarla por medio del representante respectivo.

4.2.1.2 CAPACIDAD DE EJERCICIO DEL COMERCIANTE PERSONA MORAL

En líneas anteriores, nos hemos ocupado del comerciante individual y de su capacidad para ejercitar el comercio. Sin embargo, el comercio, no se ejerce exclusivamente por las personas físicas, hay también personas jurídicas o más concretamente, las sociedades mercantiles que también pueden ejercer el comercio y que han jugado un papel muy importante en la vida del comercio y por ende en el desarrollo económico del país.

Las personas jurídicas pueden ejercer el comercio, según lo dispone el artículo 3° fracción II del Código de Comercio al decir: "*Se reputan en derecho comerciantes:*

1.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles"

Es claro que el precepto del ordenamiento legal antes citado, se refiere a aquellas sociedades mercantiles, a las cuales la ley otorga ese carácter en tanto se constituyan en los términos que la misma ley señala. El artículo 4° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que se reputaran mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna forma reconocida por la misma ley en su artículo primero.

La capacidad de las personas jurídicas, es decir, su aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones, es regida en cada caso particular por las leyes que ordenan su organización y funcionamiento. Así las sociedades mercantiles, están regidas, en todo lo que a su capacidad se refiere por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Cuando la persona jurídica adquiere su plena capacidad, puede realizar todos los actos necesarios para

dar cumplimiento al objeto de su institución, así lo determina el artículo 25 del Código Civil Federal.

4.2.1.2 INCAPACIDAD DE GOCE

Respecto a la incapacidad de goce, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, prevé los siguientes casos:

- Incapacidad de goce de corporaciones religiosas y ministros de cultos.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 27 fracción II, dispone: *“la asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán en ningún caso tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos;...”*, y en su artículo 130, párrafo, establece: *“los ministros de culto tienen incapacidad legal para ser herederos, por testamento, de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado”*.
- Incapacidad de goce de instituciones de beneficencia.- En el mismo artículo 27 de la Carta Magna, en la fracción III determina: *“las instituciones de beneficencia pública o privada...no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él...”*.
- Incapacidad de goce de sociedades comerciales, por acciones.- En el artículo 27 del nuestra Constitución Federal en su fracción IV establece: *“Las sociedades comerciales por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas”*.
- Incapacidad de goce de los extranjeros.- En el mismo artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su fracción I, establece: *“Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho a adquirir el dominio de tierras, aguas y sus acciones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá*

conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaria de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus Gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio en perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubiere adquirido en virtud del mismo. En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas... ”.

4.2.1.3 INCAPACIDAD DE EJERCICIO Y PROHIBICIÓN PARA EJERCER EL COMERCIO

Respecto a la incapacidad de ejercicio, acontece que una persona, no obstante de tener capacidad de goce, la ley determine la prohibición de que ejercite la capacidad de ejercicio. Aparece así, la llamada incapacidad de ejercicio que implica ser titular de derechos per no poder ejercitarlos. Así, encontramos en la ley dos grados de incapacidad de ejercicio: una general y otra especial; a saber:

- Incapacidad de ejercicio en general.- En el Código Civil Federal el artículo 450 determina: *“Tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológicos o sensorial o por la adicción o sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación o alteración en la inteligencia que estos les provoquen no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.*

- **Incapacidad de ejercicio en especial.**- Así como la ley establece incapacidad general de ejercicio, también a las personas con plena capacidad de goce y de ejercicio, les crea incapacidades especiales respecto de la última; tal es la situación de los cónyuges que conforme a lo establecido en el artículos y 176 del Código Civil Federal no pueden celebrar contratos, excepción hecha del de compraventa, cuando estuvieren casados bajo el régimen de separación de bienes.

Hemos dicho que aquel conforme a la ley tiene capacidad de goce y ejercicio puede ser comerciante y sobre todo ejercer el comercio. Pero hay casos en que no obstante que se tiene tal capacidad, se está imposibilitado para ejercer el comercio, bien a causa de una situación especial en que se encuentran determinados sujetos, o bien por que éste (el comercio) es incompatible con otra profesión o situación también de algunas personas. Es verdad que el ejercicio del comercio como profesión es libre, al grado de que la ley fundamental, nuestra Constitución, lo protege, en el artículo 5º, pero no es menos cierto también que ese ejercicio está supeditado a determinadas normas, normas que en algunas ocasiones llegan a prohibirlo.

Es conveniente determinar si la *incapacidad* para ejercer el comercio, es lo mismo que la *prohibición* para ejercer el comercio; desde luego que afirmamos lo contrario. La incapacidad implica la falta de capacidad para actuar. Ya en líneas anteriores hemos señalado quienes se encuentran en tales circunstancias (artículo 450 del Código Civil); simplemente agregaremos que los actos de comercio celebrados por incapacitados son anulables. En cuanto a la segunda, o sea, la prohibición para ejercer el comercio, esta supone la existencia de la capacidad para actuar; pero en este supuesto existen circunstancias especiales que inhabilitan a la persona, impidiéndole tal ejercicio.

El artículo 12 del Código de Comercio determina: “*No pueden ejercer el comercio:*

I.- Los corredores;

II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III.- Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra

la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

a) *Prohibición para ejercer el comercio por los corredores.*- Los corredores son auxiliares del comercio y como tales, intervienen en la realización de actos de comercio, atento lo dispuesto por el artículo 75 fracción XIII del Código de Comercio, toda vez que realizan operaciones de mediaciones, porque tienen capacidad para hacerlo. Si el corredor, a quien se le prohíbe ejercer el comercio, viola la prohibición incurrirá en las penas que al efecto señala la Ley Federal de Correduría Pública y la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. En el artículo 2º fracción I del primero de los ordenamientos citados, prohíbe a los corredores comerciar por cuenta propia y ser comisionistas, y el artículo 21, señala la pena por la violación a esta prohibición. El corredor será destituido, dice este último artículo, cuando ejecute algunos de los actos que prohíbe el artículo 20, actos entre los cuales se encuentra el ejercicio del comercio por cuenta propia y la comisión. Por su parte la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en el artículo 97, considera fraudulenta la quiebra de un corredor, cuando se justifique que hizo por su cuenta, en nombre propio o ajeno, algún acto u operación de comercio distintos a los de su profesión, aún cuando el motivo de la quiebra no proceda de estos hechos, así lo dispone el artículo 106 de la Ley citada.

b) *Prohibición para ejercer el comercio de la persona declarada en quiebra.*- La prohibición no se refiere a la imposibilidad para ser comerciante, sino a la imposibilidad para ejercer el comercio, ya que es indudable que para ser declarado en quiebra es presupuesto necesario ser comerciante como se desprende de los artículos 1º al 4º, 101 y 106 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Si la prohibición de ejercer el comercio la viola un comerciante que haya sido declarado en quiebra y no rehabilitado, es factible considerar que le es aplicable lo dispuesto en el artículo 96 fracción I de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos; en caso de ser declarado nuevamente en quiebra, la quiebra deberá forzosamente considerarse fraudulenta. No encontramos en la ley ninguna disposición que señale la pena que debe aplicarse al quebrado no rehabilitado que realice actos que lo conviertan en comerciante.

c) *Prohibición para ejercer el comercio por quienes hayan sido condenados mediante sentencia ejecutoria por delitos contra la propiedad.*- Los sentenciados por la comisión de alguno de los delitos a que hace referencia la fracción III del artículo 12 del Código de Comercio, tienen prohibido ejercer el comercio en tanto estén cumpliendo la pena a que hayan sido condenados. Tampoco encontramos en la ley sanción para la persona que ejercite el comercio, no obstante de haber sido condenado por sentencia con fuerza de cosa juzgada por los delitos a que hace referencia el precepto legal antes invocado.

Sin embargo de lo anterior, los individuos que se encuentren en algunas de las circunstancias descritas podrán ejercer determinados actos aislados de comercio, pero no *ejercerlos como una profesión*. Ejemplos de ello, son los casos en que un quebrado o un reo de alguno de los delitos referidos por el artículo 12 del Código de Comercio pueden evidentemente constituir depósitos bancarios en cuenta de ahorro; o un corredor, puede girar una letra de cambio para el cumplimiento de una obligación de carácter civil o bien, celebrar un contrato de cuenta corriente con una institución de crédito, sin que tales actos jurídicos estén afectados de nulidad.

El Código de Comercio no prohíbe el ejercicio de la profesión de comerciante a los extranjeros, personas físicas o morales. Basta que éstos lo ejerciten en los términos que señalen en los tratados con sus respectivas naciones y que cumplan con las leyes del país en todo cuanto concierna a la creación de su establecimiento dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación, señalan los artículos 13, 14 y 15 del Código de Comercio.

Las restricciones impuestas a los extranjeros personas físicas, respecto al ejercicio de actividades de carácter mercantil, están señaladas en la Ley General de Población la cual previene en sus artículo 42, respecto de los no inmigrantes al decir, que lo es el extranjero que con permiso de la Secretaria de Gobernación se interne temporalmente en el país. Como visitante puede dedicarse al ejercicio de una actividad lucrativa o no, siempre que sea lícita y honesta, con autorización para permanecer en el país hasta por seis meses. En cuanto a los inmigrantes, el artículo 44 del ordenamiento legal citado, dice que lo es el

extranjero que se interna legalmente al país con el propósito de radicar en él, en tanto que adquiera la calidad de inmigrado. Podrá, dice el artículo 48 de la citada ley, como inversionista, invertir su capital en la industria, de conformidad con las leyes nacionales y siempre que la inversión contribuya al desarrollo económico y social del país. Se regula también la intervención de los extranjeros en la actividad mercantil en la Ley de Inversión Extranjera. **Lo anterior nos induce a precisar que tanto franquiciante, como franquiciatario pueden o no ser personas de nacionalidad mexicana**

4.2.2 OBJETO, MOTIVO O FIN LICITO

El objeto, motivo o fin que se debe de observar en un contrato de franquicia debe ser lícito, entendiéndose por lícito todo lo que se realiza conforme a la ley o a las buenas costumbres. Lo ilícito como objeto, motivo o fin provoca la nulidad del contrato de franquicia, así lo ordena el artículo 2225 del Código Civil Federal, que establece: *“La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”*.

El objeto como elemento de validez del contrato, debe entenderse como el consistente en prestar hechos o realizar abstenciones, pues respecto de las cosas materiales no cabe hablar de que ellas sean lícitas o ilícitas, además que como lo anotamos anteriormente, el objeto material es un elemento de existencia.

En el contrato a estudio, el objeto, motivo o fin consiste en que el titular de una marca debidamente reconocido por el Estado mediante el título correspondiente, licencie el derecho de uso no exclusivo y temporal de esa marca a otra persona para que la aplique a los productos o servicios que pretende comercializar, o bien que la aplique a la negociación a franquiciar, así como la asistencia técnica que se le va a proporcionar para operar dicho negocio, que desde luego, debe ser lícito.

Respecto al motivo o fin lícitos, debe entenderse por tal, según Gutiérrez y González, como: *“La razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a ala celebración del acto jurídico”*.²³

Desde luego, que la ley toma en cuenta la conducta a realizar. Así en el artículo 1895 del Código Civil Federal determina: *“Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres”*²⁴, no quedará en poder del que recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la beneficencia pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho a recuperarlo el que lo entrego”.

4.2.3 AUSENCIA DE VICIOS

Antes dijimos que es necesario, para que produzca efectos la voluntad de quien celebra el contrato de franquicia, que ésta se exprese o manifieste plenamente. Esto quiere decir, que si la voluntad de alguna de las partes que intervienen en el contrato de franquicia no se otorga con pleno conocimiento de lo que se va a hacer, o bien es arrancada por fuerza (violencia), o se carece de aptitud jurídica (capacidad), el contrato no puede, lógicamente, ser válido en Derecho. Se dice, entonces, que la voluntad está viciada; Las circunstancias que en alguna forma invalidan la voluntad se denominan vicios de la voluntad, y estos son: el error, la violencia y la lesión. Señalaremos brevemente en que consisten.

a) Error. Consiste en una creencia que no concuerda con la verdad; es un falso concepto de la realidad; El error a su vez, puede ser de hecho o de derecho.

²³ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. p. 282.

²⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. p. 280 y sigs., siguiendo las ideas de Ferrara, hace ver como el concepto de buena costumbre escapa a un contenido fijo, pues equivale a la idea de moral pública, o a conciencia moral social, de determinado pueblo y en cierta época. Sin embargo, anota, las opiniones se dividen cuando se habla de moral social, pues la moral es por esencia individual, ya que deriva del sujeto que la impone. Por otro lado, se considera desde un punto de vista sociológico y psicológico, que toda moral, aún la que llene todos los requisitos de individual, unilateral, interior y autónoma tiene un origen social y si ese es su origen, su naturaleza es necesariamente también social. En conclusión, el determinar que un hecho o una abstención que constituyen el objeto de un contrato, son ilícitos por ir en contra de las buenas costumbres, quedará sujeto a un recto criterio judicial, que variará de pueblo a pueblo y de época a época, y aun de región a región de un mismo país”.

Se llama error de derecho la falsa creencia que uno tiene de que tal o cual cosa ha sucedido o no ha sucedido. Por otro lado, se llama error de hecho a la falsa creencia o ignorancia de lo establecido por la ley.

El error de derecho o de hecho invalida al contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes. Para que el error de hecho origine la nulidad del contrato, debe recaer:

- Sobre el motivo que se ha tenido para celebrarlo.
- Sobre el objeto materia del acto
- Sobre la substancia del objeto material
- Sobre su cantidad (error de cálculo o de aritmética)
- Sobre la naturaleza del contrato
- Sobre la persona con quien se tiene la intención de contratar.

En materia del contrato de franquicia, resulta difícil que el franquiciatario incurra en error en cualesquiera de los supuestos antes enunciados porque como ya vimos antes, es necesario que tanto el franquiciante como el candidato, se proporcionen de forma previa a la celebración del contrato, una serie de información sobre el negocio a franquiciar y las calidades y cualidades de sus personas.²⁵

- b) Dolo. Se entiende por dolo, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes que intervienen en el contrato; y por mala intención, la disimulación del error de parte de uno de los contratantes (franquiciante o franquiciatario) una vez conocido (artículo 1815 del Código Civil Federal)

Este vicio de la voluntad es el que más se debe cuidar por no cometerlo las partes de un contrato de franquicia, porque contrario a lo que pudiera pensarse, es el que más frecuentemente se presenta en la práctica; ejemplos de ello, son: ficticio manejo de

²⁵ Ver páginas 28 y 31 del presente trabajo.

pronósticos de ventas, manifiesta inexperiencia del franquiciante o de su franquiciante maestro.

c). **Violencia.** Hay violencia cuando se emplea fuerza física, o amenazas que importen peligro de perder la vida. La honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes de uno de los contratantes, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus parientes colaterales, dentro del segundo grado (artículo 1819 del Código Civil Federal). El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento (artículo 1820 del Código Civil Federal). Es anulable el acto celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguna de las partes, ya de un tercero, interesado o no en el acto (artículo 1818 del Código Civil Federal).

d) **La lesión.** La lesión se equipara a los vicios de la voluntad, consiste en que alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtenga un lucro excesivo, evidentemente desproporcionado a lo que él, por su parte se obligue (artículo 17 del Código Civil Federal). El perjudicado tiene el derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser éste posible, la reducción equitativa de la obligación; así lo prevé el mismo precepto del ordenamiento legal en cita.

4.2.4 FORMA PRESCRITA POR LA LEY

Analizaremos ahora, el requisito de validez consistente en la forma en que debe manifestarse el consentimiento en un contrato, **adentrándonos en las diversas formas en que éste puede manifestarse, con el fin de explicar el porqué el contrato de franquicia es consensual.**

De las maneras de manifestarse el consentimiento, encontramos en la ley, que este puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; es tácito cuando resulta de hechos o actos que lo presuponen o que implican su existencia (artículo 1803 del Código Civil Federal).

Respecto al silencio, no tiene aplicación en nuestra legislación el adagio que reza “el que calla otorga”, por considerarse que, si una persona no manifestó su consentimiento no se puede deducir que lo hace en sentido afirmativo.

Podemos decir que la forma es el medio al que tenemos que recurrir para la exteriorización del consentimiento, a fin de que el acto sea válido. Ese medio puede ser la manifestación por escrito o la utilización de palabras determinadas.

En las diversas legislaciones, se adoptan también diversos sistemas en que se debe de manifestar el consentimiento, a saber: sistema formalista, sistema consensualista y sistema ecléctico o mixto.

- a) *Sistema formalista.*- En las legislaciones en que se acepta este sistema se exige que en todos los actos, el consentimiento se manifieste por un medio específicamente determinado.
- b) *Sistema consensualista.*- a la inversa de lo que sucede en el sistema anterior, en este caso, se da libertad a las partes para que manifiesten el consentimiento por cualquiera de los medios jurídicos estatuidos.
- c) *Sistema ecléctico o mixto.*- este es una combinación de los sistemas anteriores, es decir, que en ciertos actos, se exige determinada formalidad para su validez pero, en otros, se da la libertad para que se manifieste el consentimiento por el medio que se quiera, dentro de los reconocidos por la ley. Nuestra legislación civil adopta el sistema ecléctico o mixto. Así lo determina lo establecido en los artículos 1832 y 1796 del Código Civil Federal. De los artículos mencionados se deduce que al no exigirse determinado medio para manifestar el consentimiento, las partes quedan en absoluta libertad para manifestarlo por el que ellas quieran.

La falta de forma prescrita por la ley produce la nulidad relativa del contrato, así lo manda el artículo 2228 del Código Civil Federal. Compete el ejercicio en vía de acción o excepción de nulidad por falta de forma a todos los interesados, según lo indica el artículo 2229 del Código Civil Federal.

La confirmación de un acto que no se otorgó con las formalidades prescritas por la ley se logra realizando dicho acto con las formalidades omitidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2231 del Código Civil Federal. En este caso se produce una confirmación expresa, pero consideramos que también puede haber una confirmación tácita, la cual se presentaría cuando hay cumplimiento voluntario (pago, novación o cualquier otro medio) tal y como lo establece el artículo 2234 el Código Civil Federal.

Respecto del contrato de franquicia; el Código de Comercio, consagran también, el principio mixto o ecléctico. El artículo 78 de dicho ordenamiento legal establece: *“En las convenciones mercantiles, cada uno se obliga de la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”*.

En resumen, el contrato es consensual cuando se deja en libertad a las partes para que manifiesten su consentimiento en la forma que lo deseen; es decir, las partes pueden recurrir a la palabra, a la escritura o a signos inequívocos, o bien, a ciertos hechos o actos que presuman o autoricen a presumir el consentimiento. La regla es que si no se impone ninguna formalidad expresa, el contrato es consensual, *lo que nos lleva a concluir que el contrato de franquicia es un contrato consensual*.

5. CATEGORIAS DE LA FRANQUICIA

En páginas que anteceden, vimos como se desarrollaron las diferentes categorías de franquicia que existen en los Estados Unidos de América. Ahora comentare brevemente sus características.

5.1 FRANQUICIA DE MARCA Y PRODUCTO

La franquicia de marca y producto también se conoce como (Product trade mark franchising). En una franquicia de esta clase, el franquiciatario hace uso y explota una marca y un nombre comercial, cuya titularidad conserva el franquiciante, además que comercializará y distribuirá los productos y/o servicios que de forma exclusiva le provea el franquiciante, bajo el sistema de comercialización y con la asistencia técnica que el franquiciante le transmita²⁶. Ejemplos de esta categoría de franquicias son las estaciones de gasolina y embotelladoras de refresco.

5.2 FRANQUICIA COMO FORMATO DE NEGOCIO

La franquicia como formato de negocio también se conoce como (Business Format Franchising). En una franquicia de esta clase, la relación entre franquiciante y franquiciatario generalmente incluye un producto o un servicio, una marca, así como un "sistema" que el franquiciante debe observar²⁷. Respecto al término sistema, ya hice los comentarios respectivos.

5.3 FRANQUICIA DE CONVERSION

En la franquicia de conversión, Donald D. Boroian señala que un conjunto de negocios independientes o pequeñas cadenas de ellos y del ramo del franquiciante se unifican bajo un mismo formato que el franquiciante desarrolla, para convertirse en lo futuro en franquiciados²⁸. En la franquicia de conversión, creemos que más que tratarse de la creación de nuevos negocios franquiciados, se trata de incluir dentro de un sistema de franquicias a una red de negocios similares al del franquiciante y que ya se

²⁶ González Cavillo, Enrique. op. cit. p. 6

²⁷ Donald D. Boroian. op. cit. P. 14

²⁸ Donald D. Boroian. op. cit. P. 29

encuentran operando. Es preciso aclarar, que el franquiciante debe autorizar el uso de su marca y que no queda relevado de la obligación de proporcionar capacitación y asistencia en la adecuación del local, brindar la publicidad y la asistencia técnica, así como los conocimientos técnicos necesarios para la operatividad del negocio por parte del franquiciatario, pues de lo contrario, no se trataría de un contrato de franquicia.

Pues bien, en la franquicia de conversión, acontece que se asimilan al negocio del franquiciante uno o más negocios que venían desarrollando actividades semejantes al del franquiciante, pero que encuentran que unidos bajo una misma marca y realizando sus

Se observa así mismo, que este tipo de franquicia, no es otro que la franquicia como formato de negocio.

- b) *Franquicia de Distribución*: Este tipo de franquicia, involucra sólo la entrega que de sus productos hace el “concedente”,²⁹ replico y prefiero sustituirlo por “franquiciante”, al “concesionario”, vuelvo a replicar y a sustituirlo por “franquiciatario”, para que este último se limite a distribuirlos o venderlos directamente.

Observamos que este tipo de franquicias a que se refiere la comisión de la Unión Europea es en esencia, la franquicia de marca y producto.

- c) *Franquicia de Servicio*: En este tipo de franquicia el licenciante faculta al licenciatarario para prestar los servicios que ya opera el primero.

Por su parte Donald D. Boroian,³⁰ señala la siguiente clasificación:

- a) *Franquicia Individual*: Se trata de una franquicia otorgada a una persona o grupo de personas físicas, o a una persona moral, correspondiente a una unidad comercial para ser operada en un sitio o área geográfica definida.
- b) *Franquicia de Unidades Múltiples o de Desarrollo Regional*: Es una franquicia concedida a una persona física o moral para que esta opere un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico.

Feher Tocatli,³¹ señala además, la siguiente clasificación:

- a) *Franquicia Maestra Internacional*: El franquiciante otorga al franquiciatario el derecho para subfranquiciar en un territorio.

²⁹ La doctrina francesa sostiene que la franquicia es, en esencia, un tipo dentro de los contratos de concesión.

³⁰ Donald D. Boroian, Op. cit., p. 118

³¹ Feher Tocatli, Ferenz, op. cit. p. 16

- b) *Franquicia Regional*: Se le otorga toda una región a una persona y si funciona puede abrir más unidades.

6. NATURALEZA CONTRACTUAL

6.1 EL CONTRATO DE CONCESION

Respecto a la concesión como acto administrativo del Estado, tiene su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos, la que en su artículo 28, párrafo octavo dispone que: *“El Estado sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y de la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público”*.

Sin embargo, cabe desde ahora, precisar que el término concesión no es un acto privativo del Estado, porque también los particulares pueden otorgar concesiones. Por ello, dice Vázquez del Mercado: *“La palabra concesión se usa en diversos significados y con ella se designa diversas instituciones. El empleo de este término ha sido y es tan poco preciso, que con justa razón se ha dicho que desempeña, en el derecho actual la misma función que desempeño en otro tiempo, “la gracia” en el derecho canónico. El uso promiscuo de este término se verifica en la práctica, en las leyes y, aún en los autores. La doctrina ha procurado con ahinco fijar sus caracteres”*.³²

Por su parte Gutiérrez y González, afirma respecto a la concesión: *“...esta figura ni es originaria, ni es privativa del derecho administrativo, sino que, por la importancia que tal*

*figura tiene para que el Estado realice una de sus más importantes funciones, que es la de prestar servicios públicos, es que resulta un campo muy adecuado para desarrollar su estudio. Pero la concesión ya existía antes de que el derecho administrativo alcanzara el nivel de rama autónoma del Derecho”.*³³

Veamos, diversas definiciones de concesión que revelan que todavía no se fijan con precisión sus contornos.

Pérez De León, define a la concesión como:

*El aprovechamiento por parte de los particulares, de la explotación de un servicio público o de bienes que forman parte del estado.*³⁴

Para Fraga Gabino la concesión es:

*El acto del poder público que da facultades a los particulares para el establecimiento y explotación de un servicio público o para la explotación de bienes del dominio directo y propiedad de la nación.*³⁵

Las anteriores definiciones resultan incompletas, porque se limitan a la concesión como acto administrativo³⁶

Gutiérrez y González define a la concesión, como:

³² **Vázquez del Mercado, Alberto.** *Concesión Minera y Derechos Reales.* Porrúa Hnos. y Cia. Distribuidores. México 1946, p. 8.

³³ **Gutiérrez y González, Ernesto.** *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al estilo Mexicano.* México, 1993, págs. 720 y 721.

³⁴ **Pérez De León, Enrique.** *Notas de Derecho Constitucional Administrativo,* México, 1994, p. 229

³⁵ **Fraga, Gabino.** *Derecho Administrativo,* México, 1993, p. 242.

³⁶ **Serra Rojas, Andres.** *Derecho Administrativo.* México, 1994, p. 230, nos dice, “que el acto administrativo es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de clase, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria que emana de un sujeto: la administración pública, en el ejercicio de la potestad administrativa que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la situación jurídica del interés general”.

*Un acto jurídico, tipo guión administrativo, discrecional por el cual una persona que debe prestar un servicio público, o es propietaria de ciertos bienes, encomienda temporalmente, bajo su control y vigilancia, a una empresa designada concesionaria, para que esta obtenga una ventaja pecuniaria, la prestación del servicio público en beneficio directo e inmediato de la colectividad, o la explotación de los bienes, en beneficio directo del concesionario, e indirecto de la misma colectividad.*³⁷

De la definición antes expuesta; su autor desglosa los siguientes elementos:

a). *Es un acto jurídico.*- La concesión es un acto jurídico. Así cuando la persona *concedente* decide otorga una concesión, realiza un acto jurídico, pues va crear derechos a favor del *concesionario* y se produce ese efecto deseado, ya que el Derecho sanciona esa voluntad.

b). *Es un acto de tipo guión administrativo.*- Cuando algunos contratos que de acuerdo a la gran cantidad que de ellos se tenían que celebrar, los empresarios idearon la creación de un formato o “machote”, en donde se insertan las cláusulas más usuales; el contrato empezó a tomar nuevos caracteres y a perder la esencia del contrato mismo, que es el libre acuerdo de voluntades, respecto de un objeto. Saleilles dice que: “*Hay pretendidos contratos que no tienen de contrato sino el nombre y cuya construcción jurídica esta por hacer...*” agrega además: “*a este tipo de actos se les puede designar como contratos de adhesión, y en los cuales hay el predominio exclusivo de una sola voluntad unilateral obrando como voluntad, que dicta su ley, no ya a un individuo, sino a una colectividad indeterminada y que se obliga de antemano, unilateralmente, salvo la adhesión de los que quieran aceptar la ley del contrato y aprovecharse de esta obligación ya creada sobre si mismo*”.³⁸ Concluye, pues, Gutiérrez y González, que “la figura a estudio ni es contrato, ni tampoco acto unilateral, es simple y sencillamente un acto jurídico con naturaleza especial y propia, que por inercia se le ha querido incluir en los moldes de los actos ya conocidos”.³⁹

³⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Administrativo*, op. cit. p. 720

³⁸ Saleilles. *De la declaración de Volunte*. Paris 1929. Págs. 129 y sigs. Citado por Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Administrativo*. Op. cit. p 727.

³⁹ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Op. cit. p. 728

c) *Es un acto discrecional.*- Es decir que el sujeto que va a emitir el acto de concesión, puede o no a su arbitrio, verificarlo; según la conveniencia de otorgarlo o no, según sus conveniencias.

d) *Una persona que debe prestar un servicio público o es propietaria de ciertos bienes.*- Para que haya posibilidad de conferir una concesión, se requiere que haya una persona que deba prestar un servicio público⁴⁰, o bien, que se trate de un bien que se desee, en su caso, que sea explotado por el concesionario.

e) *La persona titular de lo que se concesiona, conserva poder de control y vigilancia.*- Una vez que la persona puede conferir la concesión decide otorgarla, y el concesionario se hace cargo de ella, el concedente tiene derecho de controlar y vigilar la actividad del concesionario, y si éste no cumple con los fines de la concesión, el concedente puede cancelar la concesión.

f) *Se otorga concesión a una persona designada concesionario.*- Concesionario puede ser toda persona física o jurídica que de acuerdo a la ley tenga capacidad jurídica para aceptar la concesión y cumplir los fines de la misma.

g) *Para que el concesionario obtenga una ventaja pecuniaria.*- Resulta que el concesionario, al operar la concesión, lo que busca es hacer negocio, obtener un beneficio económico. El concesionario debe necesariamente obtener un margen de utilidad que haga interesante seguir operando la concesión.

h) *Prestación de un servicio público en beneficio directo e inmediato de la colectividad.*- De acuerdo con Gutiérrez y González, de quien hemos seguido los elementos

⁴⁰ En el *Diccionario para Juristas*, Palomar de Miguel, Juan, México 1981, página 1245, se lee: "Servicio público: Empresa oficial o privada, destinada a satisfacer necesidades colectivas del público". Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Administrativo*. Op. cit. p.739, dice que servicio público es la actividad especializada que desarrolla una persona particular o pública, ya por sí directamente, ya indirecta por medio de una persona, para dar satisfacción, mediante prestaciones concretas y continuas, a una necesidad ya general, ya colectiva, mientras esta subsista.

de la concesión, hasta aquí expuesto; dice *que al igual que la concesión, la noción de servicio público nació en el campo del derecho común y ahí se nutrieron y obtuvieron sus bases de estructuración.*⁴¹ Por lo que es posible que el servicio público lo preste una persona física o moral particular, es decir, cualquier tipo de sociedad, ya sea civil o mercantil, o bien, una persona moral pública, que puede ser el Estado, las entidades federativas o los municipios.

i) *Explotación exclusiva de un bien de dominio público, en beneficio directo del concesionario e indirecto de la colectividad.*- Cuando el concesionario explota un bien del dominio público se beneficia directamente de la misma explotación que tiene lugar. Pero de forma indirecta y mediata, el Estado y la colectividad se benefician también.

El contrato de distribución o concesión mercantil, lo define Champaud como sigue:

*Hay concesión mercantil cuando un comerciante "concesionario" pone su empresa de distribución o de venta en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial, llamado concedente para asegurar exclusivamente, en un territorio determinado durante un tiempo limitado y bajo la vigilancia (dirección) del concedente, la distribución de sus productos, de los que le ha concedido el monopolio de reventa.*⁴²

Por su parte, Arce Gargollo, lo define de la siguiente manera:

*"El contrato de distribución es aquel por el que el distribuidor (concesionario), se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale".*⁴³

⁴¹ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Administrativo*. Op.cit. p. 732

⁴² Citado por Puente Muñoz, Teresa, *El Contrato de Concesión Mercantil*, Madrid, España, 1976 . p.p. 35 y 43

⁴³ Arce Gargallo, Javier. *Op. Cit.* p. 300

La doctrina francesa sostiene que la franquicia es en esencia un tipo de contrato de concesión. De acuerdo con esta idea Guyenot sostiene que la franquicia es en realidad la manifestación de una mutación en el objeto de los contratos de concesión comercial. Las empresas llegan a una colaboración más estrecha, más sostenida y mejor dirigida bajo el impulso de una de ellas⁴⁴. De este modo la franquicia no sería otra cosa que una forma de concesión comercial, calificada con una terminología propia, pero sin significación jurídica. Sería una misma sustancia contractual bajo términos equivalentes, en lo que no estoy de acuerdo.

Siguiendo las ideas de Díaz Bravo,⁴⁵ la concesión mercantil, presenta dos etapas, en la primera, la concesión requiere de una compraventa para existir, en la segunda al concesionario asiste el compromiso de cumplir una o más obligaciones stricto sensu, derivadas de una serie de estipulaciones que limitan su libertad jurídica y económica y que en caso de contravenirlas, surge el derecho del concedente de obtener la resolución, con todas sus consecuencias jurídicas.

Aunque la franquicia y en especial la franquicia de producto y marca, puede confundirse con la distribución mercantil, la licencia de marca y la transmisión de conocimientos (Know how) la distinguen; así es, el concesionario en la normalidad de los casos, no actúa obligadamente siguiendo un patrón de actividad que fija el concedente, en cambio el franquiciatario queda estrictamente vinculado a lo prescrito por los manuales o reglas, de manera que se alinea en su proceder a los estándares practicados por el franquiciante.

Vázquez Del Mercado,⁴⁶ apunta las siguientes diferencias: “ En la concesión el concesionario no está obligado a mostrar hacia el público los signos distintivos que usa el concedente, mientras que en la franquicia es una obligación esencial; a demás por otra parte, el concesionario puede utilizar sus propias marcas y signos, lo que no sucede en la franquicia porque sería una anomalía; tampoco se da en la concesión el hecho de que el

⁴⁴ Citado por **González Calvillo, Enrique**. Op. Cit. p. 53.

⁴⁵ **Díaz Bravo, Arturo**. Op. Cit. p. 253.

⁴⁶ **Vázquez Del Mercado, Oscar**. Op. Cit. p. 579

concesionario cubra al inicio del contrato un precio y con posterioridad porcentajes por concepto de regalías; por último, el concesionario normalmente actúa en el campo de la venta de bienes, el franquiciatario lo hace también en el terreno de los servicios”.

Por su parte, Molas,⁴⁷ señala que “el contrato de franquicia tiene un dominio amplio, pues mientras el primero se refiere únicamente a la distribución de productos, el dominio de elección del contrato de franquicia es también, por el contrario la prestación de servicios. En el contrato de franquicia el concedente no cede solamente el uso de su marca al concesionario, se compromete igualmente a suministrarle los medios de comercializar los productos o los servicios convenidos”. Por su parte Coshnear,⁴⁸ afirma que “en el normal contrato de concesión el concedente vende determinados productos al concesionario sin especial referencia a la creación de una precisa imagen en el lugar de venta del concesionario y, en la mayoría de los casos sin preocuparse del uso por parte de los signos distintivos del concedente..., la franquicia abarca los elementos característicos de la concesión y agrega otros más para constituir con el afiliado una relación más incisiva y una identidad más completa”.

6.2 EL CONTRATO DE LICENCIA

Como contrato de licencia entendemos al convenio que celebra una persona titular de una marca (licenciante), quien permite a otra persona, denominada usuario o licenciario, la utilización de una marca para la explotación de uno o más productos o servicios a los que se aplique la misma.

La licencia deberá ser inscrita en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros, así lo manda el artículo 136 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Entre sus diferencias con la franquicia, encontramos que la licencia para el uso y explotación de una marca no es más que uno de los objetos del acuerdo, así pues, se

⁴⁷ Citado por Díaz Bravo, Arturo. Op. Cit. p. 193

observa que la licencia de marca es uno de los elementos que comprende el contrato de franquicia.

Además uno de los requisitos para el desarrollo de una franquicia es precisamente que la marca o nombre comercial que la distinguen sean sólidas y que su penetración dentro de un territorio se haya realizado en forma plena. Ello significa que si no existe una marca o nombre comercial sólido, no es concebible el desarrollo de una franquicia.

Vázquez Del Mercado,⁴⁹ señala como analogía entre la franquicia y la licencia, el pago, es decir, en la obligación de aquel que obtiene la licencia de pagar una suma inicial y posteriormente sumas por la venta o servicios, principio bajo el cual, también el franquiciatario paga un concepto inicial y posteriormente paga regalías.

Vázquez Del Mercado, apunta, así mismo, las siguientes diferencias "en la franquicia se trata de vender bienes producidos o adquiridos por el franquiciante o bien de dar servicios con las mismas características con las cuales operan; en la licencia puede producir por su propia cuenta quien la tiene; así mismo, en la licencia no hay relación entre las partes al grado de formar parte de una misma cadena, quien tiene la licencia se limita a usar el derecho que se le confiere, presentando la marca en los bienes que produce, sin formar parte como en la franquicia, de la cadena u organización".⁵⁰

Feher Tocatli,⁵¹ nos ilustra perfectamente, las diferencias que existen entre las figuras aquí tratadas, con el siguiente cuadro:

	NOMBRE - O MARCA	PRODUCTO	FORMATO: ASISTENCIA TECNICA
Licencia de uso de marca	*		
Distribución o concesión	*	*	

⁴⁸ Citado por Díaz Bravo, Arturo. Op. Cit. p. 193

⁴⁹ Vázquez Del Mercado, Oscar. Op. Cit. p. 580

⁵⁰ Vázquez Del Mercado, Oscar. Op. Cit. 580

⁵¹ Feher Tocatli, Ferenz. Op. Cit. p. 12

Franquicia	*	*	*
------------	---	---	---

Como observamos, en la tabla anterior las diferencias entre una licencia, una distribución y una franquicia son:

- a) La licencia permite al usuario o licenciataria, la utilización de un nombre para la venta de producto o servicio.
- b) La distribución puede permitir la utilización del nombre o la marca (al igual que en el caso de la licencia) además de tener los productos en sí para su venta, convirtiéndose en distribuidor de los mismos.
- c) La franquicia además permite la utilización de una marca o un nombre comercial y un producto, otorga el formato de negocio, el qué y el cómo del negocio para poder desarrollarlo.

6.3 CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION

Reyes Mora, define al contrato de asociación en participación como un contrato mercantil en el cual dos o más personas aportan sus capitales o sus esfuerzos, o ambas cosas, para destinarlos a un fin común, lícito, con el objeto de obtener un lucro repartible acorde a las condiciones y términos convenidos.⁵²

Los terceros que contraten con la asociación en participación desconocen la existencia del contrato entre el asociante y los asociados. El asociante actúa y se relaciona con los terceros a nombre propio; no es mandatario, ni actúa en representación de los asociados.

⁵² Reyes Mora, Oswaldo. *Contrato Mercantil de Asociación en Participación*, México, 1991, p. 5.

La asociación en participación persigue un fin común que es lograr utilidades como resultado de las operaciones de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, el asociado al efectuar las aportaciones espera recibir utilidades y el asociante al desarrollar la operación mercantil también espera obtener ganancias.

Díaz Bravo,⁵³ ha señalado que la franquicia se asemeja a la asociación en participación, en mi opinión, considero que no hay contrato asociativo, sino de colaboración, pues las partes, después de haber celebrado el contrato de franquicia conservan su independencia, por tanto, no corren el mismo riesgo, como acontece en la asociación en participación.

6.4 EL CONTRATO DE COMISION MERCANTIL

Vázquez Del Mercado, define a la comisión mercantil como “el contrato por el cual una parte encarga a otra la conclusión de uno o más negocios por su cuenta de naturaleza mercantil”.⁵⁴

Es innegable que la franquicia no es un contrato de comisión, por que el franquiciatario no obra en nombre propio por cuenta del comitente, sino que obra a su nombre y por su propia cuenta.

7. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

7.1 EL CONTRATO DE FRANQUICIA, COMO CONTRATO MERCANTIL

Ya quedo asentado⁵⁵ y así se entiende, que el contrato de franquicia, es un contrato de naturaleza mercantil, ya en razón de los sujetos que intervienen, los cuales, ejercen actos de

⁵³ Díaz Bravo, Arturo. Op. Cit. p. 19

⁵⁴ Vázquez Del Mercado, Oscar. Op. Cit. p. 166.

⁵⁵ Ver páginas 33 y 45 de este trabajo.

naturaleza mercantil. Los actos que franquiciante y franquiciatario ejercen, desde la celebración del contrato, hasta la terminación de éste, se encuentran dirigidos a un interés económico y por tanto, de naturaleza comercial.

7.2 EL CONTRATO DE FRANQUICIA, COMO CONTRATO ATÍPICO

Es atípico el contrato, que teniendo o no una nominación especial, carece de una reglamentación particular y específica. En el último capítulo del presente trabajo, se desarrollara ampliamente el tema.

Cabe agregar, que independientemente de que la ley no regule expresamente a los contratos atípicos, como acontece con el contrato de franquicia, las partes lo pueden celebrar, en atención a lo dispuesto en el artículo 1858 del Código Civil, que establece: *“Los contratos que no estén especialmente reglamentados por este Código (agregaríamos que el la ley en general), se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan mas analogía de los reglamentados en este ordenamiento”*.

7.3 EL CONTRATO DE FRANQUICIA, COMO UN CONTRATO BILATERAL

El contrato bilateral, es el que hace nacer obligaciones recíprocas para las partes que en él intervienen. El artículo 1836 del Código Civil, expresa: *“El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente”*. A propósito, los derechos y obligaciones del franquiciante y franquiciatario, se estudiaran en el capítulo siguiente de este trabajo. Queda claro que por la naturaleza del contrato de franquicia, se trata justamente de un contrato bilateral, por que una parte, el franquiciante, esta obligado ha transmitir la marca de que es titular y ha proporcionar asistencia técnica para el mejor desarrollo del negocio y que a su vez, tiene derecho a cobrar la cuota inicial y las cantidades que periódicamente se le deben cubrir en concepto de regalías; por su parte, el franquiciatario, esta obligado a ajustarse al “sistema” que el franquiciante le indique para el desempeño de los trabajos

derivados de las convenciones pactadas en el contrato de franquicia, así como ha pagar la cuota inicial y las regalías.

7.4 EL CONTRATO DE FRANQUICIA, COMO UN CONTRATO ONEROSO

El contrato oneroso es aquel en el que se estipulan derechos y gravámenes recíprocos (artículo 1837 del Código Civil) no se debe confundir el contrato bilateral con el oneroso, por que una cosa son los derechos y las obligaciones y otra los provechos y los gravámenes. Tanto los provechos y los gravámenes en un contrato de franquicia los comentaré en el capítulo siguiente⁵⁶.

7.5 EL CONTRATO DE FRANQUICIA, COMO CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO

Son contratos de tracto sucesivo los que producen sus efectos a través del tiempo. Una vez que nace a la vida jurídica un contrato de franquicia, el mismo, no concluye, sino que las partes se siguen haciendo prestaciones periódicas. El franquiciante permite el uso de la marca de que es titular, al franquiciante, así como, le proporciona asistencia técnica continua, y a su vez, el franquiciatario cubre en forma continua y por periodos fijos, ciertas cantidades convenidas, en concepto de regalías.

7.6 EL CONTRATO DE FRANQUICIA, COMO CONTRATO CONSENSUAL

Contrato consensual, es el que se perfecciona y para surtir sus efectos plenos de derecho entre las partes y frente a terceros basta el sólo acuerdo de voluntades, sin necesidad de que éstas revistan forma alguna hablada o escrita específica prevista por la ley.

⁵⁶ Ver página 48 del presente trabajo.

El artículo 78 del Código de Comercio, consagra el principio ecléctico o mixto, ya antes visto⁵⁷, al expresar: *“En las convenciones mercantiles cada uno se obliga, en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”*, quedando plenamente demostrado que el Código de Comercio se rige por el principio consensualista; aun cuando, encuentra sus excepciones en el artículo 79 del mismo ordenamiento legal, al expresar: *“se exceptuará de lo dispuesto en el artículo que precede: I.- Los contratos que con arreglo a éste código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades para su validez, aunque no las exija la ley mexicana”*.

En resumen, el contrato es consensual cuando deja en la libertad de las partes para que manifiesten su consentimiento en la forma que deseen. La regla es que si no se impone ninguna formalidad expresa, el contrato es consensual. En razón a lo anterior, y al no expresar nada la ley al respecto de la forma en que franquiciante y franquiciatario deben expresar su voluntad en un contrato de franquicia, es que se concluye que el contrato de franquicia, es consensual.

7.7 EL CONTRATO DE FRANQUICIA, COMO CONTRATO CONMUTATIVO

El contrato es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas y determinadas desde la celebración del contrato. El legislador agrega en el artículo 1838 del Código Civil, que: *“...de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste”*. Esto último no es correcto y menos en un contrato de franquicia, ya que las partes pueden conocer cuáles son sus prestaciones, pero ignorar si obtendrán un beneficio o una pérdida, pues esto depende de otros factores: económicos, políticos, circunstanciales, etcétera.

⁵⁷ Ver el principio mixto o ecléctico y lo consensual en las páginas 48 y 49 del presente trabajo.

7.8 EL CONTRATO DE FRANQUICIA, COMO INTUITUE PERSONAE

Un contrato intuitue personae, es el que celebra precisamente en atención a las cualidades de una persona (solvencia, honestidad, aptitud, confianza, etcétera). En el contrato de franquicia, tan es importante la capacidad financiera del franquiciatario, como su honestidad, aptitud y confianza, porque en un contrato de éste tipo, las partes mantienen relaciones por un plazo considerable, según se pacte sobre la vigencia del contrato.

CAPITULO III

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

SUMARIO. 1. La Información General de Franquicia.-2. Contenido del Contrato de Franquicia.- 3. Derechos y obligaciones de las partes.- 3.1 Obligaciones del franquiciante.- 3.1.1 Otorgar la licencia de usos de marca.- 3.1.2 Autorizar el uso del nombre comercial y aviso comercial.- 3.1.3 Proporcionar conocimientos técnicos.- 3.1.3.1 Capacitación del franquiciatario.- 3.1.3.2 Asistencia técnica.- 3.1.4 Determinar el territorio concedido al franquiciatario para la explotación del negocio.- 3.1.5 Publicidad.- 3.1.6 Financiamiento.- 3.2 Derechos del franquiciante.- 3.2.1 Recibir el pago de la cuota inicial.- 3.2.2 Recibir el pago de regalías.- 3.2.3 Visitas al negocio del franquiciatario.- 3.2.4 Requerir los libros contables del franquiciatario.- 3.2.5 Contratar el personal del franquiciatario.- 3.2.6 Rescindir el contrato por causa justificada.-3.2.7 Derecho a ejecutar la pena convencional.- 3.2.8 Derecho a la propiedad de los secretos comerciales.- 3.2.9 Derecho a la adquisición del negocio franquiciado.- 3.3 Obligaciones del franquiciatario.- 3.3.1 Situar el establecimiento en lugar autorizado.- 3.3.2 Cumplir los requerimientos del uso y aplicación de conocimientos técnicos.- 3.3.3 Pagar la contraprestación.- 3.3.4 Adquirir un mínimo de insumos o productos.- 3.3.5 Seguir las especificaciones sobre administración del negocio.- 3.3.6 Sujetarse a los programas de capacitación continua.- 3.3.7 Informar periódicamente.- 3.3.8 Pagar impuestos.- 3.3.9 Proporcionar sus estados contables al franquiciante, 3.3.10 Contratar el personal administrativo.- 3.3.11 No divulgar los secretos comerciales.- 3.3.12 Aceptar visitas.- 3.3.13 No vender o comercializar otros productos.- 3.3.14 No ceder, traspasar o sublicenciar.- 3.3.15 Limitarse al territorio concedido.- 3.3.16 Utilizar únicamente la publicidad que el franquiciante o el comité de publicidad señale.- 3.3.17 A la terminación.- 3.4 Derechos del franquiciatario.- 3.4.1 Capacitación.- 3.4.2 Asistencia técnica.- 3.4.3 Publicidad.- 4. Causas de rescisión.- 5. Competencia Jurisdiccional.

1. LA INFORMACIÓN GENERAL DE FRANQUICIA

Es indudable que la franquicia como una forma de hacer negocio, debe basarse primordialmente en la confianza. La información que debe proporcionar el franquiciante por disposición legal (artículo 142 párrafo segundo de la Ley de la Propiedad Industrial y 65 del reglamento de la citada ley) al candidato potencial, debe consistir en una información valiosa y fidedigna para que el candidato se allegue todo el conocimiento que requiere saber sobre la negociación en la que piensa invertir.

El documento que se formula se denomina por los especialistas como Circular de Oferta de Franquicia¹, cuya denominación será objeto de análisis en el último capítulo del

¹ **Fehér Tocatti, Ferenz.**, op. cit. p. 30. **Gallastegui Armella, Juan Manuel**, *Revista Entrepreneur*, op, cit. p. 60. Por nuestra parte, considero que resulta incorrecto utilizar el término **circular de oferta de franquicia** para referirse al documento que se debe proporcionar, porque la definición y los elementos de contenido de una circular y de una oferta no se adaptan a la información general que de forma anticipada a la celebración del contrato debe proporcionar el franquiciante al candidato potencial. Ver al respecto la página 29 Y 100 del presente trabajo.

presente trabajo y con la que no estoy de acuerdo, mismo que debe entregar el franquiciante al franquiciatario antes de celebrar el contrato de franquicia correspondiente.

La información general de franquicia es necesaria para aclarar todas sus dudas al candidato potencial. Desde el punto de vista de la mercadotecnia, constituye como una excelente arma de ventas para el franquiciante, ya que de una forma u otra, al generar confianza en la otra parte, le será más fácil formalizar la operación.

En el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, se menciona a la información que el franquiciante debe dirigir al candidato potencial a franquiciatario, de la siguiente manera:

“Quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quién 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 artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, señala los requisitos que debe contener esa información, mismos que son:

1. *Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante.*
2. *Descripción de la franquicia.*
3. *Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia.*
4. *Derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia.*
5. *Monto y concepto de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante.*
6. *Tipo de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario.*
7. *Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia.*

8. *Derecho del franquiciatario a conceder o a no subfranquiciar a terceros y, en su caso, los requisitos que debe cubrir para hacerlo.*
9. *Obligaciones del franquiciatario respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante.*
10. *En general las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia.*

Creó que la redacción de la última fracción es incorrecta, por lo que propongo que quede de la siguiente manera:

“En general los derechos y obligaciones del franquiciatario que **se habrán** de derivar de la celebración del contrato de franquicia”

Propongo la utilización del pronombre “se habrán” porque se trata de un futuro imperfecto – gramaticalmente -, ya que existe un margen de probabilidad de que el candidato no acepte celebrar el contrato.

2. CONTENIDO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Como se sabe, la relación entre franquiciante y franquiciatario se plasma en un contrato que se denomina Contrato de Franquicia, en el que establecen en forma detallada las obligaciones y derechos a los que las partes se someten.

Configuran el contenido del contrato, las estipulaciones sobre:

Considerandos

Objeto: Licenciamiento de la marca y nombre comercial

Licencia del sistema: conocimientos técnicos o know how y asistencia técnica

a) Capacitación técnica

b) Apoyo en la localización del punto de venta

- c) *Apoyo en instalaciones y equipo autorizado*
- d) *Manuales de operación*
- e) *Apoyo y asistencia continua*
- f) *Estándares de calidad*
- g) *Modificación del sistema*

Pagos: Iniciales

- a) *Derecho de la franquicia*
- b) *Desarrollo de la franquicia, franquicia de área*
- c) *Por capacitación*
- d) *Por diseños arquitectónicos*

Continuos:

- a) *Regalías (por porcentaje fijo, cuota mínima, posible incremento o decremento según ventas, mixto)*

Por servicios diversos:

- a) *Cargos por servicios especiales*
- b) *Contabilidad*
- c) *Servicios de computo*
- d) *Preparación de facturas*
- e) *Consultorias*
- f) *Pago de rentas del inmueble*

Financiamiento (en caso de otorgarlo el franquiciante)

Impuestos

Administración (por el franquiciante o por terceras personas)

Vigencia del contrato

Vender y comercializar únicamente lo autorizado

Desarrollo de nuevos productos

Desarrollo de nuevas técnicas

Adquisición de materias primas e insumos

Publicidad autorizada y mercadotecnia: ofertas y promociones

Independencia de las partes

Reporte de operaciones

Inspecciones y visitas mantenimiento general de la unidad

Pacto de confidencialidad

Transferencia o cesión de la unidad

Causas de rescisión

Causas de terminación

Derechos y obligaciones subsistentes en caso de terminación anticipada

Derecho a la adquisición de nuevas unidades

Pena convencional

Seguros y fianzas

Competencia jurisdiccional

Registros y anexos

Las anteriores, son las cláusulas, que como producto de la negociación, se incorporan generalmente al contrato de franquicia y que he analizado de diversos modelos. Desarrollare ahora los derechos y obligaciones de las partes, siguiendo precisamente al cláusulado antes transcrito.

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

3.1. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE.

A continuación analizare cuáles son las obligaciones del franquiciante que se deducen del contrato.

3.1.1 OTORGAR LA LICENCIA DE USO DE MARCA.

En el contrato de franquicia, el franquiciante le otorga al franquiciatario la licencia de marca², nombre comercial y los conocimientos técnicos o know how que son dos de los elementos más importantes del contrato.

El licenciamiento del “sistema” por parte del franquiciante hacia el franquiciatario permite una operación eficaz y homogénea entre el negocio del franquiciante y el negocio franquiciado.

En las franquicias, la marca representa un porcentaje sumamente importante del valor de los negocios, porque es el signo de identificación de un producto o un servicio, pero son el producto o el servicio, lo queda prestigio a la marca no a la inversa.

En su momento comentamos que en los contratos de franquicia no opera la transmisión plena de la marca, luego el franquiciatario conserva su titularidad durante y después de la vigencia del contrato.

3.1.2 AUTORIZAR EL USO DEL NOMBRE COMERCIAL Y AVISO COMERCIAL

El nombre comercial o el aviso comercial no siempre serán materia del contrato de franquicia, aunque en ciertos productos o servicios puede ser de la mayor importancia y estar ligados a las marcas autorizadas.

A los avisos comerciales también conocidos como “slogans”, la Ley de la Propiedad Industrial los define en su artículo 100 de la siguiente manera:

“Frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, productos o servicios, para distinguirlos de los de su especie”

Al igual que las marcas, los avisos comerciales, deben ser registrados en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y su vigencia es de diez años

El nombre comercial es una denominación cuyo uso la ley concede al empresario para que éste se dé a conocer en el mundo de los negocios y para obrar en cualquier forma en beneficio de su empresa; el nombre comercial hace distinguir la empresa, el aviso comercial distingue el local donde la empresa se ejercita.

El derecho a su uso estará protegido, sin necesidad de registro, el único requisito consiste en solicitar al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, la publicación del mismo en la Gaceta.

Al igual que las marcas, en los nombres comerciales y avisos comerciales, el franquiciante no transmite plenamente los derechos a su uso.

3.1.3 PROPORCIONAR LOS CONOCIMIENTOS TECNICOS

Esta obligación es muy amplia para el franquiciante y debe estar referida al know how que se transmite para una eficaz explotación de la negociación franquiciada.

Como la obligación se presenta tan amplia, compleja y general es necesario detallarla en el contrato o anexos del mismo. Los medios pueden ser muy variados (manuales, videos, programas de capacitación).

- a) Una obligación específica en este rubro es proporcionar información oral y escrita sobre el lugar geográfico conveniente para la instalación del establecimiento o lugares concretos donde se va a explotar la franquicia, también conocido como "punto de venta". Aprobación de los diseños, de decoración, equipo, instalaciones,

² La definición de marca que nos ofrece la Ley de Propiedad Industrial en su artículo 88, aparece transcrita en

estándares, distribución, especificaciones, normas, mobiliario, signos distintivos, publicidad externa.

b) Otra obligación concreta es enviar manuales guías, procedimientos documentados de operación del negocio.

Los manuales más comunes que el franquiciante entrega al franquiciatario son:

- Actividades de preapertura (desde la firma del contrato y hasta la apertura de la tienda)
- Operaciones
- Procedimientos administrativos
- Mercadotecnia y publicidad
- Imagen corporativa
- Recursos humanos
- Sistemas computacionales
- Manual del empleado

Todos los manuales son confidenciales y constituyen secretos industriales en términos del artículo 82 de la Ley de la Propiedad Industrial.

3.1.3.1 CAPACITACION DEL FRANQUICIATARIO.

El franquiciante debe formular un programa de capacitación y entrenamiento para ser aplicado al franquiciatario previamente a la celebración del contrato de franquicia; en otro de los casos, debe formular un programa de capacitación y entrenamiento para efectos de aplicarlo al personal que por parte del franquiciatario llevará la operación del negocio; para ello se valdrá de técnicos, supervisores y personal calificado y con experiencia en la explotación del negocio del franquiciante.

3.1.3.2 ASISTENCIA TECNICA

La obligación consiste en prestar toda clase de asesoría útil y necesaria al franquiciatario para la aplicación de la tecnología. Esta obligación debe cumplirse durante la vigencia del contrato.

3.1.4 DETERMINAR EL TERRITORIO CONCEDIDO AL FRANQUICIATARIO PARA LA EXPLOTACION DEL NEGOCIO

Es obligación del franquiciante determinar el espacio geográfico donde el franquiciatario explotará exclusivamente el negocio.

El otorgamiento de la franquicia a que el contrato se refiere, no implica la transmisión de derechos para desarrollar un negocio en cualquier otro domicilio y sólo otorga derechos territoriales exclusivos en los términos previstos.

Durante la vigencia del contrato, y siempre y cuando el franquiciatario esté cumpliendo con los términos y condiciones del mismo, el franquiciante no podrá establecer por sí mismo, ni franquiciara a otra persona distinta del franquiciatario otro negocio dentro del territorio descrito.

La ubicación del negocio, será determinada por el franquiciatario, pero será aprobada por el franquiciante; el franquiciatario no podrá cambiar de sitio el negocio franquiciado si no cuenta con la aprobación por escrito del franquiciante. Analice ya la obligación que tiene el franquiciante para determinar el "punto de venta".

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

3.1.5 PUBLICIDAD

La publicidad puede ir desde la campaña publicitaria para al apertura del negocio franquiciado, hasta la publicidad institucional. En el apartado correspondiente a los tipos de regalías comente en que consiste la publicidad con fines institucionales.

Para comprender en que consiste la obligación del franquiciante, debemos diferenciar previamente, las dos grandes áreas que de la publicidad se manejan en las franquicias.

- a) *Publicidad local*: Es la que desarrolla cada franquiciatario en su territorio y debe estar en todo momento apegada a los lineamientos que marca el franquiciante. Esta dirigida básicamente a publicitar el negocio franquiciado o los servicios de la misma. Esta es más bien, una obligación del franquiciatario.

- b) *Publicidad institucional* : La publicidad de este tipo, es desarrollada por el franquiciante y se realiza a nivel masivo, beneficiando al grupo completo tanto de franquicias como de negocios propios. Esta es precisamente la obligación del franquiciante a la que me refiero.

A propósito, cuando el franquiciante o franquiciatario sean personas morales, cada uno ostentará propia razón social o denominación social, asumiendo por sí las responsabilidades fiscales, penales y laborales que se suscite por la explotación de sus negocios respectivos. Es pertinente aclarar que cuando una o ambas partes sean personas físicas, para efectos fiscales se consideran como “personas físicas con actividad empresarial”.

Por lo anterior, se puede observar que de manera publicitaria y para efectos del contrato de franquicia, todos los franquiciatarios ostentan la marca y el nombre comercial de la negociación del franquiciante, pero para cuestiones fiscales, penales o laborales su propia razón o denominación social.

3.1.6 FINANCIAMIENTO

En algunos contratos el franquiciante se obliga a financiar al franquiciatario o por lo menos, a auxiliarlo en la obtención de financiamiento para el desarrollo de la franquicia. Lo más común es que el franquiciante exija que el franquiciatario cuente por lo menos con el 70% del capital sobre el monto total de la inversión, permitiendo solamente un aplazamiento del 30% restante.

3.2 DERECHOS DEL FRANQUICIANTE

3.2.1 RECIBIR EL PAGO DE LA CUOTA INICIAL

Los franquiciantes han establecido la práctica de cobrar al franquiciatario, al momento de la firma del contrato, un derecho o cuota de franquicia (franchise fee) y pagos periódicos o regalías (royalties). El Cobro del derecho o cuota de franquicia no tiene más propósito que permitirle al franquiciante el reembolso de los gastos en que incurrió para llevar a cabo la firma del contrato.

La cuota inicial es la contraprestación que el franquiciatario le paga al franquiciante por el derecho de hacer negocio bajo la marca y sistema de negocios del franquiciante, la cual debe ser valorada en función de los costos relacionados con franquiciar el negocio.

Algunos de los servicios que debe ofrecer el franquiciante al franquiciatario en contraprestación de la cuota inicial, son:

- * Asesoría legal
- * Campañas publicitarias para la apertura del negocio
- * Asistencia durante y después del evento de inauguración.
- * Logística de abastecimiento

- * Estudio de rentabilidad de la operación y periodo de recuperación de la inversión.

3.2.2 RECIBIR EL PAGO DE REGALIAS

La contraprestación que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante por el licenciamiento de sus sistema (marca, nombre comercial, asistencia técnica y know how), es el pago de regalías, determinadas por un porcentaje, convenido de los ingresos brutos del negocio franquiciado.

Existen diversos tipos de regalías, a saber:

- *Regalías sobre ventas o sobre compras.*- El franquiciante únicamente va a tener derecho a su cobro cuando el franquiciatario venda, en consecuencia, si el franquiciatario no vende, el franquiciante tendrá que ver la manera de que el franquiciatario haga negocio.
- *Regalías sobre producto.*- La regalía va implícita dentro del precio del producto que el franquiciante vende al franquiciatario, proporciona la ventaja de que el nivel de ingresos y utilidades se puede ajustar más fácilmente para la administración de las operaciones financieras.
- *Regalías publicitarias.*- Pueden ser con fines institucionales, la publicidad es administrada y utilizada por todo el grupo o con fines locales, contrario a la que es administrada en cada negocio franquiciado y destinada para su territorio en particular. También son conocidas como aportaciones para el fondo social.

Los conceptos mencionados corresponden a las obligaciones del franquiciatario y son la fuente de rendimientos del franquiciante, pero no perdamos de vista que aquél tiene a su cargo además, la inversión y los gastos de operación.

Si se detiene un poco la mirada en estos puntos, se podrá desde una mejor situación, analizar el carácter de una franquicia y de apreciar como puede llevarse una negociación para obtenerla o colocarla en el mercado, porque estos aspectos económicos resultan definitivos.

Ninguna ley determina los montos de pago, ni siquiera las bases o montos para determinarlos. Se trata de un aspecto puramente económico en donde las expectativas y el calculo de cada una de las partes debe coincidir para que la operación se celebre.

Si conocemos las cantidades que el franquiciante exige como pago y los volúmenes de inversión requeridos, tenemos a nuestro alcance el primer factor de decisión. Estas cantidades por lo general el franquiciante las ha fijado y su modificación es muy difícil ya que tiene los elementos de información contenidos en su propuesta, por lo tanto, al franquiciatario le toca decidir si:

- Los montos involucrados se encuentran dentro de los límites que pretende aplicar al negocio.
- Los rendimientos esperados lo hace atractivo
- Existe una adecuada relación entre el desembolso inicial, los pagos posteriores y el plazo de recuperación.

3.2.3 VISITAS AL NEGOCIO DEL FRANQUICIATARIO

La manera eficaz de que el franquiciante se cerciore de la calidad de los productos y servicios, además que la imagen del negocio del franquiciatario ante sus clientes es la adecuada, es mediante las visitas periódicas.

Las visitas o consultorías deben enfocarse a apoyar y corregir los puntos que el franquiciatario no ha desarrollado o esta desviando.

3.2.4 REQUERIR LOS LIBROS CONTABLES DEL FRANQUICIATARIO

Es un derecho del franquiciante requerir a sus franquiciatarios que le presenten sus estados contables y balance general en los primeros meses posteriores al cierre de cada año. Además el franquiciante puede solicitar informes trimestrales o semestrales de actualización sobre el desempeño financiero de las unidades franquiciadas.

Cualquiera que sea su frecuencia, los estados financieros son una herramienta importante de administración para evaluar el cumplimiento y éxito del franquiciatario.

3.2.5 CONTRATAR EL PERSONAL DEL FRANQUICIATARIO

Hasta ahora hemos visto que el franquiciante tiene la obligación de capacitar al inicio y posteriormente en forma continúa al personal que emplea el franquiciatario, en correspondencia al pago de la cuota inicial que debe cubrir el franquiciatario; pues bien, para lograr ese objetivo el franquiciante se reserva el derecho de contratar el personal que el franquiciatario va a ocupar en la operación del negocio. Así mismo, el franquiciatario proporcionará a estos el manual del empleado, todo ello con el propósito de lograr una operación homogénea del negocio franquiciado.

El argumento que expone el franquiciante de reservarse el derecho a contratar el personal del franquiciatario es, que tiene derecho a proteger el "sistema" que otorga a éste último.

3.2.6 RESCINDIR EL CONTRATO POR CAUSA JUSTIFICADA

En el apartado en el que comente algunas de las cláusulas que conforman el contrato de franquicia, apunté que en el contrato se deben estipular cuales son las violaciones graves

que den lugar a la rescisión del mismo. En resumen, constituyen, causa de rescisión del contrato el incumplimiento de las obligaciones del franquiciatario.

Los contratos de franquicia invariablemente estipulan varios aspectos bajo los cuales el franquiciante puede dar por terminado el contrato, con o sin causa y con o sin notificación previa al franquiciatario.

En el contrato se estipula con mucha claridad y detalle las consecuencias de la violación o incumplimiento de los términos por parte del franquiciatario, explicando cada sanción, cuota, castigo, derecho y privilegio que puede invocar el franquiciante; a la inversa el contrato de franquicia muy pocas veces menciona la posibilidad de que el franquiciante viole alguna disposición, y que el franquiciatario pueda llegar a tener algún poder para sancionar u obligar al cumplimiento.

3.2.7 DERECHO A EJECUTAR LA PENA CONVENCIONAL

La pena convencional viene a constituir un “remedio legal” que el franquiciante ejerce para instar al franquiciatario al cumplimiento del “acuerdo de no competir” previsto frecuentemente en el contrato de franquicia. Los acuerdos de no competir, según el artículo 77 del Código de Comercio no producen obligación alguna, puesto que no tienen licitud, ello se debe a que ninguna ley nacional regula la no competencia.

La Ley Federal de Competencia Económica señala en su artículo 8, que. *“Quedan prohibidos monopolios estancos, así como las prácticas que, en los términos cde esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”*

3.2.8 DERECHO A LA PROPIEDAD DE LOS SECRETOS COMERCIALES

Con frecuencia los contratos de franquicia estipulan que el franquiciante tiene la propiedad exclusiva de todos los secretos comerciales del negocio, y el franquiciatario acuerda no divulgarlos.

En el contrato de franquicia el franquiciante también puede prohibir la duplicación o distribución de cualquier información confidencial, métodos, técnicas y demás conocimientos que el franquiciante comunique o entregue directamente a sus franquiciatarios, e incluir a los miembros de su familia entre las personas a quienes le esta prohibido comunicar todos esos conocimientos, salvo que trabajen en el negocio franquiciado.

3.2.9 DERECHO A LA ADQUISICIÓN DEL NEGOCIO FRANQUICIADO

Es frecuente encontrar en los contratos de franquicia que las partes establecen que la *propiedad* del negocio franquiciado regresa al franquiciante cuando ocurra la terminación del contrato. En tales circunstancias, la propiedad de la empresa franquiciada deberá examinarse cuidadosamente.

Con frecuencia, el contrato de franquicia brindará al franquiciante la opción de adquirir el negocio franquiciado a un precio menor al de valor de mercado (valor depreciado en libros). Sin embargo, otros contratos de franquicia impiden con severidad que el franquiciatario venda el negocio.

Tratar el punto es de lo más interesante, pues tanto en franquiciante como el franquiciatario alegan importantes y válidos intereses en la propiedad del negocio franquiciado. Los derechos relativos de propiedad de aquél y de éste en una empresa (la franquicia) dirigida por ambos está en discusión.

En su forma más pura, la noción de otorgar franquicias contempla una empresa recíproca entre el titular de una marca comercial de un producto o un servicio y un operador local independiente que desea establecer un negocio de su propiedad. El operador local y el titular de la marca ven, cada uno, las ventajas de entrar en una empresa conjunta. El propietario local (franquiciatario) espera beneficiarse de manera substancial con el uso de marcas de productos o servicios reconocidos, de un sistema de operación uniformemente establecido y recibir capacitación relevante proporcionada por el franquiciante.

Por otro lado, el franquiciante espera un operador motivado a nivel local que cuente con el orgullo de ser propietario de su negocio. De igual manera el franquiciante espera que el propietario local invierta recursos financieros para crear una presencia a largo plazo de la marca de productos o servicios del franquiciante en la localidad específica del franquiciatario.

Quizá la consideración más importante es que tanto el franquiciante como el franquiciatario invierten una gran cantidad de tiempo, esfuerzo y dinero en un negocio vinculado a la marca y el nombre comercial de aquél. No puedo dejar de enfatizar la importancia de la contribución mutua del franquiciante y el franquiciatario debido a que se trata de intereses recíprocos en la empresa franquiciada que es tan difícil de aclarar cuando alguna de las partes decide dar por terminada la relación.

Sin embargo a la terminación, tanto el franquiciante como el franquiciatario por su parte reclaman el derecho a conservar el local de la unidad franquiciada. Cada uno considera que "posee" la unidad y tiene derecho al negocio. El franquiciante es titular de la marca, el nombre comercial y del sistema de negocios, el franquiciatario sólo tiene un derecho temporal y revocable a su explotación, sólo es poseedor. En contraposición el franquiciatario ha generado una reputación local y personal con sus clientes y para ello ha invertido capital y esfuerzo personal.

3.3 OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO

3.3.1 SITUAR EL ESTABLECIMIENTO EN EL LUGAR AUTORIZADO

El franquiciatario debe seleccionar y determinar el lugar donde se ubicara el establecimiento para la explotación del negocio franquiciado, sujeto a los requerimientos que indique el franquiciante.

3.3.2 CUMPLIR LOS REQUERIMIENTOS DE USO Y APLICACIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TECNICOS

El uso de la tecnología y su aplicación en la explotación de la negociación con todo lo que ello implica debe hacerlo el franquiciatario de acuerdo a las reglas, normas y estándares que fije el franquiciante.

3.3.3 PAGAR LA CONTRAPRESTACION

Según lo convenido en el contrato, se debe pagar la contraprestación en los plazos previos, en el lugar que indica el contrato y en la moneda nacional o en divisas, al tipo de cambio pactado.

3.3.4 ADQUIRIR UN MINIMO DE INSUMOS O PRODUCTOS

En algunos casos, el franquiciatario estará obligado a adquirir un mínimo de insumos o productos que el mismo franquiciante le distribuye o de la persona que esté último le indique.

Así como estará obligado a tener el abasto suficiente de productos o equipo suficiente, a fin de que la clientela pueda obtener el producto o servicio sin demora.

3.3.5 SEGUIR LAS ESPECIFICACIONES SOBRE ADMINISTRACION DEL NEGOCIO

Aunque esta obligación es muy genérica, durante la operación del negocio franquiciado, el franquiciatario debe ajustar su actuación en las diferentes áreas de administración y organización a lo que señale el franquiciante.

3.3.6 SUJETARSE A LOS PROGRAMAS DE CAPACITACION CONTINUA

Esta obligación no sólo se concreta a la capacitación que debe recibir el franquiciatario, sino que además comprende a sus empleados.

3.3.7 INFORMAR PERIODICAMENTE

El franquiciatario debe informar al franquiciante del desarrollo de la negociación franquiciada. Los informes son básicamente económicos, sobre los resultados de la negociación: ventas, costos, utilidades, productos vendidos (en unidades), entre otros; generalmente la información se vierte sobre formatos que proporciona el franquiciante.

3.3.8 PAGAR IMPUESTOS

De una manera elemental y atendiendo a las dos principales leyes fiscales en vigor en México, como son la Ley del Impuesto sobre la Renta (que grava los ingresos) y la Ley al Impuesto al Valor Agregado (que grava a los actos jurídicos), podemos señalar la siguiente situación. Si analizamos el contrato de franquicia desde el punto de vista del franquiciante, los pagos que en su favor realice el franquiciatario constituirán un ingreso acumulable, por

cuya cantidad deberá expedir una factura que cumpla con los requisitos legales y trasladar el impuesto al valor agregado correspondiente.

Para el franquiciatario, las cantidades pagadas constituirán una erogación propia del negocio y, por tanto, deducible para los efectos de la determinación del impuesto sobre la renta. El tratamiento fiscal de las regalías, se encuentra definido en el Capítulo V de la Ley del Impuesto Sobre la renta, denominado: "De los Residentes en el Extranjero con Ingresos Provenientes de la Fuente de Riqueza Ubicada en Territorio Nacional". Así mismo, el impuesto al valor agregado que se le deberá trasladar resultará un impuesto acreditable.

Cuando el franquiciante es un residente en el extranjero que no tiene un establecimiento en el país al cual no puedan atribuirse los impuestos, la Ley del Impuesto sobre la Renta dispone que se causa este impuesto a una tasa del 15% o del 35% según corresponda, sobre el monto pagado, sin deducción alguna, debiendo efectuar la retención y entero del impuesto sobre la renta correspondiente quien haga los pagos. Algunos convenios internacionales para evitar la doble tributación contemplan tasas diferentes.

Es necesario tomar en cuenta que en algunos contratos de franquicia el franquiciante exige pagos por montos netos, sin retención de impuestos, en tales casos, si el franquiciatario se ve obligado a pagar por su cuenta el impuesto, esta cantidad no será deducible e incrementará el costo de la franquicia.

Por lo que corresponde al impuesto al valor agregado, el aprovechamiento en México de los servicios de asistencia técnica provenientes del exterior, constituyen una operación de importación por lo que el importador (franquiciatario) debe pagar el impuesto. Este impuesto es inmediatamente acreditable.

3.3.9 PROPORCIONAR SUS ESTADOS CONTABLES Y RECIBOS AL FRANQUICIANTE

Como el franquiciante para vigilar el cumplimiento de la franquicia y especialmente para controlar los pagos a su favor, debe tener acceso a los libros contables, facturas y recibos, es muy importante determinar, quien, cuando y de qué manera se llevará a cabo dicha supervisión y la obligación del franquiciatario de exhibirlos a la persona facultada por el franquiciante.

Además, el franquiciatario estará obligado a proporcionar sus estados financieros auditados por una firma determinada que señale el mismo franquiciante.

3.3.10 CONTRATAR EL PERSONAL ADMINISTRATIVO

Correlativo al derecho que el franquiciante tiene de contratar al personal administrativo que debe laborar en el negocio franquiciado; existe la obligación del franquiciatario de contratar únicamente al personal administrativo que el franquiciante le autorice.

3.3.11 NO DIVULGAR LOS SECRETOS COMERCIALES (PACTO DE CONFIDENCIALIDAD)

Por el pacto de confidencialidad el franquiciatario se obliga a no divulgar los conocimientos técnicos que recibe por virtud del contrato de franquicia, sino sólo a aquellas personas que deban enterarse de ello en razón de sus actividades al servicio del propio franquiciatario, quien, además, deberá arrancarles un similar pacto de confidencialidad.

En el contrato de franquicia también se puede prohibir la duplicación de cualquier información confidencial, secretos comerciales, métodos, técnicas y demás conocimientos que el franquiciante comunique directamente a sus franquiciatarios, e incluir a los

miembros de su familia entre las personas a quienes le esta prohibido comunicar todos esos conocimientos (a menos que también trabajen en el negocio). Así, en el caso de la franquicia, es de gran importancia la obligación que asume el franquiciatario de no divulgar a terceros la información que se le confiere y de mantenerla confidencial, no sólo durante la vigencia del contrato sino inclusive después de la fecha de su terminación.

El franquiciatario está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología contenida en los manuales operativos. El artículo 84 de la Ley de la Propiedad Industrial establece que en el contrato donde se transmita conocimientos técnicos se podrá incluir la cláusula de confidencialidad.

3.3.12 ACEPTAR VISITAS

El franquiciatario tiene la obligación de aceptar y cooperar en las visitas que realice el franquiciante para comprobar el cumplimiento de las directrices, normas e instrucciones, en resumen, para comprobar, que el franquiciatario está cumpliendo con sus obligaciones.

3.3.13 NO VENDER O COMERCIALIZAR OTROS PRODUCTOS

El franquiciatario deberá aplicar la marca únicamente a los productos o servicios, en los términos que se pacto en el contrato de franquicia, con la prohibición de vender productos distintos y ofrecer servicios no contemplados en el contrato.

3.3.14 NO CEDER, TRASPASAR O SUBLICENCIAR

Como el contrato de franquicia es intuitu personae, el franquiciatario no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia sin autorización expresa del franquiciante.

3.3.15 LIMITARSE AL TERRITORIO CONCEDIDO

El franquiciatario que tenga un sitio o un área geográfica definida, podrá operar una franquicia o una serie de unidades múltiples, pero sin abarcar más que el territorio definido.

3.3.16 UTILIZAR UNICAMENTE LA PUBLICIDAD QUE EL FRANQUICIANTE O EL COMITÉ DE PUBLICIDAD SENALE

Es una obligación del franquiciatario desarrollar la publicidad local, con el fin de publicitar el negocio franquiciado o los servicios que se ofrecen.

3.3.17 A LA TERMINACION

Una franquicia es una licencia temporal. Ignorarlo o restarle importancia ha sido una fuente de insatisfacción.

En los contratos de franquicia se puede prever una vigencia de los mismos, según lo consideren las partes. La mayor parte de los contratos de este tipo prevén una duración de entre nueve y diez años.

No solamente por elementales razones económicas, como podría ser para medir el rendimiento de las inversiones, es necesario saber el tiempo de duración del contrato de franquicia, si no que es necesario también, para conocer, que para proteger sus intereses, los franquiciantes incluyen en sus contratos una cláusula, que impide que más haya de la duración pactada en el contrato, los franquiciatarios puedan continuar con el negocio, por que no hay que olvidar que el desarrollo de los procedimientos y la creación de la marca es obra del franquiciante.

Será del interés del franquiciante negociar plazos reducidos, pues ello le permite observar y conservar el desarrollo del negocio franquiciado, y los será del franquiciatario alcanzar plazos largos para garantizar la recuperación de sus inversiones. En el punto medio de ambos intereses se localizará el plazo que deberá incorporarse al contrato.

Cuando termine el contrato, el franquiciatario tiene obligación de discontinuar el uso de la franquicia. Esto implica dejar de usar la marca, nombre comercial y aviso comercial, así como a utilizar el sistema de negocio del franquiciante, devolver los manuales operativos y toda la información proporcionada por el franquiciante.

3.4 DERECHOS DEL FRANQUICIATARIO

3.4.1 CAPACITACION

El franquiciatario debe recibir capacitación por parte del franquiciante a cambio de la contraprestación que el primero paga al segundo por ese concepto.

3.4.2 ASISTENCIA TECNICA

Constituye la asistencia técnica uno de los principales derechos que tiene el franquiciatario, ello en virtud de que la operación del negocio franquiciado debe ser homogénea con la empresa del franquiciante.

3.4.3 PUBLICIDAD

Para el franquiciatario es una obligación contribuir con la publicidad institucional, la cual comente con anterioridad, luego si el franquiciatario aporta las cantidades correspondientes al franquiciante o al comité de publicidad, tiene derecho a que se le dé la publicidad respectiva al negocio franquiciado.

4. CAUSAS DE RESCISION

En el contrato se suele pactar cuales son las violaciones graves al mismo que dan lugar a la rescisión, podemos citar como ejemplos: el incumplimiento de ciertas obligaciones del franquiciatario como no pagar la contraprestación periódica, no guardar el secreto de los conocimientos recibidos, prestación de servicios o venta de productos no autorizados, traspasar el negocios o ceder el contrato de franquicia, abrir nuevos establecimientos sin aprobación del franquiciante.

5. COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Un buen contrato, claro en su términos y preciso en las obligaciones y derecho que corresponden a cada una de las partes, permite buenas relaciones. Desde el momento en que se estampan las respectivas firmas, cada uno sabrá lo que puede esperar del otro.

El mundo de los negocios es dinámico y en el camino se pueden presentar puntos de diferencias que son fuente de conflicto. Para ello, todo contrato debe prever mecanismos de solución de controversias.

En México empieza a cobrar auge el procedimiento arbitral en materia de franquicias, aunque su existencia en materia mercantil tiene ya un largo reconocimiento. Las partes acuerdan el procedimiento en cuanto a los plazos y designan a uno o más árbitros que tendrán a su cargo la solución de controversias.

Cuando se trata de contrato que involucran a franquiciante y franquiciatario de distinta nacionalidad, el compromiso arbitral adquiere mayor relieve, porque se evita el problema de señalar tribunales competentes. En éste campo hay organismos de gran prestigio como la Cámara Internacional de Comercio, que tiene amplia experiencia y

garantiza la imparcialidad de las decisiones. Si la controversia es entre dos partes nacionales, la Cámara de Industria, Comercio o Servicios a que pertenezcan las partes en función de su actividad, pueden fungir como árbitros (artículo 10 fracción IV de la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones), también la Procuraduría Federal del Consumidor puede fungir como árbitro (artículos 117 a 122 de la Ley Federal de Protección al Consumidor), sin que ello excluya la posibilidad de designar árbitros privados. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 fracción IV de la Ley de Correduría Pública, es una de las funciones asignadas a los corredores públicos la de fungir como árbitros en controversias mercantiles, ámbito al que corresponden los contratos de franquicia.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DEL ARTICULO 65 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LA PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

SUMARIO.- 1. Análisis del termino "Circular de Oferta de Franquicia".- 1.1. Definición y análisis del término Circular.- 1.2 Definición y análisis del término Oferta, Propuesta o Policitación.- 2. Análisis comparativo entre la información a que se refiere el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial y el contenido de la Circular Uniforme de Oferta de Franquicia Norteamericana .- 3. Propuesta de reforma del artículo 65 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial.- 4. Análisis del Contrato de Franquicia como un Contrato Atípico.- 5. Propuesta de reglamentación del Contrato de Franquicia en la Ley de la Propiedad Industrial.

1. ANALISIS DEL TERMINO "CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUICIA".

Como se dijo antes, no estamos de acuerdo con la denominación de "circular de oferta de franquicia" con la que los especialistas¹ se refieren al documento en que se hace constar la información a que se refiere el artículo 142 párrafo segundo de la Ley de la Propiedad Industrial y el artículo 65 del reglamento de la citada ley; por que corresponde a la esencia jurídica de una circular y de una oferta; para demostrarlo, basta sujetar a análisis jurídico y por separado los términos de circular y de oferta

1.1 DEFINICION Y ANÁLISIS DEL TERMINO CIRCULAR

Por circular, se entiende al escrito que se emplea por una persona física o moral para comunicar simultáneamente un mismo asunto a varias o numerosas personas, a quienes por igual interesa.²

De la anterior definición, se aprecian las siguientes requisitos: *se debe comunicar simultáneamente; se debe referir a un mismo asunto; debe estar dirigida a varias o numerosas personas; debe interesar a todas ellas por igual.*

¹ Ver página del presente trabajo

² CACHO, JOSÉ P. Y BARCACEI, CECILIA. *Correspondencia Mercantil y Oficina*, 31ª Edición, México, 1990, Págs.. 108 y sigs.

a).- *Se debe comunicar simultáneamente:* Cuando se afirma que el asunto a comunicar debe realizarse en forma simultánea, me refiero a que la comunicación debe realizarse al mismo tiempo a todos los interesados; luego, si el asunto a comunicar se realiza en forma sucesiva y no simultánea, no se trata de una circular.

b).- *Se debe referir a un mismo asunto:* Dada la naturaleza de la circular, resulta entendible que se refiera a un mismo asunto, por que precisamente esa es la finalidad de lo que se comunica.

c).- *Debe estar dirigida a varias o numerosas personas:* Las circulares son comunicaciones colectivas, que por igual se emplea en la tramitación de asuntos oficiales y mercantiles. Cuando un asunto se comunica a una sola persona, entonces nos encontramos ante una carta y no una circular.

d).- *Debe interesar a todas ellas por igual:* En relación a los requisitos anteriores, la circular como un medio de comunicación simultánea, que se refiere a un mismo asunto y que esta dirigido a varias personas, es inherente que interese a todos los destinatarios por igual.

De acuerdo a los requisitos que debe reunir una circular, es incorrecto que se utilice dicho término en el caso del documento en donde se haga constar la información a que hace referencia el artículo 65 del reglamento de la Ley de Propiedad Industrial, porque no se realiza en forma simultánea, sino de forma sucesiva y aun en el caso de que se hiciera llegar la información al mismo tiempo a dos o más personas, en la especie puede acontecer que no interese a todos por igual y decida una de ellas en base a dicha información no dar su aceptación en la celebración del contrato.

1.2 DEFINICION Y ANÁLISIS DEL TERMINO OFERTA, PROPUESTA O POLICITACIÓN

Muñoz, define a la propuesta de contrato como: "la oferta verbal o escrita, que debe contener todos los elementos del contrato, o al menos los constitutivos, para que se considere completa, mediante la cual un sujeto llamado oferente se dirige a otro denominado destinatario para que la examine, y a su arbitrio la acepte, rechace, o haga caso omiso de ella".³

Gutiérrez y González, define a la propuesta, oferta o policitación⁴, como: "*La declaración de voluntad, recepticia, expresa, hecha persona presente o no presente, determinada o indeterminada, que contiene los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad*".⁵

De la definición anterior, se aprecian los elementos siguientes:

a).- *Es una declaración unilateral de la voluntad*: La propuesta es una declaración de la voluntad con la cual el proponente concede a su destinatario el poder de dar vida, al contrato, mediante su aceptación. No es un negocio jurídico, sino una declaración unilateral de la voluntad, que debe persistir hasta que sea aceptada, en su caso, para que el contrato se perfeccione si el aceptante remite su aceptación. Pues bien, el documento en que se haga constar la información de carácter técnica, económica y financiera, tampoco es una oferta, propuesta o policitación porque el franquiciante no esta manifestando su declaración unilateral de la voluntad de celebrar el contrato de franquicia, sino que únicamente está proporcionando la información que legalmente se le impone (artículo 65 del reglamento de la Ley de propiedad Industrial)

³ Muñoz, Luis. *Teoría General de los Contratos*. México, 1973. p. 234

⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. op. cit. 216, prefiere utilizar la palabra policitación, contraria a licitación, porque esta última significa en lo gramatical "ofrecer precio en una subasta" y en cambio 'policitar' era en Roma, una promesa unilateral hecha a un municipio o al Estado. Se hablaba así de "pollicitatio" y esa palabra que denotaba una promesa unilateral, es conveniente darle un sentido moderno y significar con ella una promesa, que no ha sido aceptada todavía. **ROJINA VILLEGAS, RAFAEL**. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo Quinto, Obligaciones, Volumen I, México, 1992. p. 437, también ocupa el término policitación, al referirse a la figura en comento.

b).- *La oferta o peticación es recepticia*: De una forma objetiva denota cómo la declaración de voluntad no surtirá sus efectos, hasta que no se recibe y fusiona con la aceptación. De nueva cuenta, se aprecia que cumplir con la información a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 142 de la Ley de la Propiedad industrial y que se detalla en el artículo 65 del reglamento del ordenamiento legal en cita, no se está formulando una oferta, peticación o propuesta para contratar puesto que, porque como ya se dijo anteriormente, la propuesta de contratar por parte del franquiciante se manifiesta antes de que se envíe la información a que aluden las disposiciones legales mencionadas.

c).- *La oferta o peticación debe ser expresa*: La voluntad del peticante o persona que hace una oferta, debe externarse de tal manera, que el destinatario de la propuesta, sepa de manera verbal o por escrito lo que se le propone. Ya se dijo en líneas anteriores, que proporcionar información por escrito del negocio del franquiciante, no implica una oferta, propuesta o peticación, por más que esté relacionada con los aspectos más importantes del negocio del franquiciante, por que el fin es que el candidato se allegue la información sobre el negocio en el que piensa invertir.

d).- *Hecha a persona presente o no presente*: La peticación se puede dirigir a una persona que se encuentra en presencia del peticante, en el mismo sitio, o bien, puede hacerse la proposición a una persona no presente, a través de los medios reconocidos por la ley. En similitud a lo anterior, la información a que he venido haciendo mención, se puede dirigir a persona presente o no presente, pero esto no obsta para tenderla por una propuesta, oferta o peticación.

e).- *La peticación u oferta puede ser hecha a persona determinada o indeterminada*: En la propuesta no es esencial que esta se dirija a una persona determinada; bien se puede hacer a persona determinada o a toda una colectividad, y cualquiera de sus miembros aceptar o no aceptar esa propuesta. Este elemento resulta inaplicable al documento donde se haga constar por parte del franquiciante la información relativa a su negocio, porque en éste

³ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. op. cit. p.217

último caso, la información debe estar dirigida necesariamente al candidato potencial a franquiciatario

f).- *La policitud u oferta debe contener los elementos esenciales del contrato que quiera celebrarse*: El proponente debe manifestar qué tipo de contrato desea celebrar, y determinar en su declaración todos los elementos esenciales del mismo contrato, pues si no estuvieren todos los elementos, no se obligará sino que estará haciendo una simple invitación para contratar, pero no será una policitud en sentido jurídico. Cabe precisar, después de lo ya dicho, que la información que se detalla en el artículo 65 del reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, tampoco es una invitación a contratar, porque no deriva de la voluntad del franquiciante, sino de una disposición legal.

Tampoco, debemos confundir a los elementos esenciales del contrato que quiera celebrarse, en el caso particular, el de franquicia, con la promesa de contrato a que alude el artículo 2243 del Código Civil, que expresa: "*puede asumirse contractualmente la obligación de celebrarse un contrato futuro*". La promesa de contrato se distingue de la policitud, por que en aquélla la fuente de la obligación es *un acuerdo de voluntades*, bien sea para obligar a una sola de las partes o para obligar a ambas partes a celebrar el contrato futuro, en tanto que la policitud es una declaración unilateral de la voluntad que obliga a su autor a mantenerla en el plazo fijado por el mismo o por la ley (artículo 1806 del Código Civil) cuando la oferta se haga sin plazo a persona no presente. Además, la manera de perfeccionar el contrato, cuando ya existe una policitud, se reduce simplemente a la *aceptación unilateral* que oportunamente haga el destinatario de la mencionada oferta dentro del plazo indicado, a diferencia de la manera de perfeccionarse el contrato futuro, aún a consecuencia de una promesa unilateral de contrato, porque en éste último caso se requiere siempre del *concurso de voluntades*, en el acto de celebrarse el contrato futuro previsto en la promesa.

g).- *La oferta debe ser hecha en forma seria y con el ánimo de cumplir en su oportunidad*: El oferente debe tener intención de que su propuesta lo obligue a cumplir en su oportunidad lo que ofrece; debe tener la intención de producir efectos de derecho que él

desea respetar. Es decir, cuando el oferente manifiesta su voluntad de obligarse y concede un plazo o en su silencio la ley lo impone, es por su propia manifestación de voluntad, como ha nacido una obligación a su cargo, consistente primero en mantener la oferta durante todo el tiempo estipulado y, segundo, en verse obligado a cumplir, aun a pesar de que retire su oferta, en los casos que la ley señala. Resulta que la información que el franquiciante haga llegar al candidato en términos del ya citado artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, no lo obliga por sí a celebrar el contrato de franquicia, más bien, sirve como un instrumento de prueba de la manifestación de voluntad del franquiciante de querer franquiciar su negocio y que por tanto, precisamente, la propuesta, oferta o peticitación ya fue exteriorizada con anterioridad a su intención de informar al candidato, que pretende concederle la licencia de marca y proporcionar la asistencia técnica o conocimientos técnicos.

De lo anterior, cabe concluir que a la información a que hace referencia el artículo 142 segundo párrafo de la Ley de la Propiedad Industrial y que se detalla en el artículo 65 del Reglamento de la citada ley, no le puede ser aplicable la denominación de "circular de oferta de franquicia" porque no compete la naturaleza de la circular, ni a la naturaleza jurídica de una oferta, propuesta o peticitación, la información general del negocio del franquiciante.

2. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA INFORMACIÓN A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 65 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EL CONTENIDO DE LA CIRCULAR DE OFERTA UNIFORME DE FRANQUICIA NORTEAMERICANA

En el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial se lee: "*Para efectos del artículo 142 de la ley, el titular de la franquicia deberá proporcionar a los interesados previa celebración del convenio respectivo, 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.- Derecho 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.- Derechos 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 el proporcione el franquiciante, y*
- X.- En general las obligaciones y derechos del franquiciatario que se **habrán** de derivar de la celebración del contrato de franquicia.*

El documento en que se debe hacer constar la información que se debe proporcionar por parte del franquiciante al candidato potencial en los Estados Unidos de América y que se suele denominar como "circular uniforme de oferta de franquicia"⁶ debe contener las siguientes cláusulas:

Cláusula 1: Datos del franquiciante y cualquier predecesor.

Se hace una lista con los nombres y direcciones del franquiciante y de cualquier predecesor, junto con la descripción del negocio. Básicamente, en esta cláusula se detalla los antecedentes del negocio y sus elementos. Dice cuando se fundó la compañía, cuándo y a quien cambio de manos y ofrece algunos detalles sobre su mercado.

⁶ La Circular de Oferta Uniforme de Franquicia (UFOC) fue creada y adoptada al promediar la década de los '70 para satisfacer las necesidades de los estados integrantes de los Estados Unidos de América que requerían divulgación por parte de los franquiciantes. Básicamente sus reglas requieren que éstos provean a los potenciales franquiciatarios información muy específica sobre ellos mismos, la empresa y las condiciones de la relación de la franquicia.

Cláusula 2: El personal del franquiciante

En esta cláusula, se señalan los nombres, los puestos y la experiencia profesional del personal clave del negocio, inclusive los directores, los principales de las operaciones encargados de las operaciones y finanzas, así como el resto de personal que intervenga en la administración del negocio.

Cláusulas 3 y 4: Litigios y quiebras

En estas cláusulas el franquiciante debe declarar toda acción judicial importante, de carácter civil, penal, relacionada con el negocio, que se haya interpuesto contra la compañía o contra cualquier directivo clave de su organización. También debe informar de cualquier disminución de ingresos personales como consecuencia de malos manejos del negocio.

Cláusulas 5 y 6: Derechos iniciales y demás cuotas

Estas cláusulas obligan a presentar absolutamente todos los derechos y cuotas que los franquiciatarios deberán pagar antes y durante la operación del negocio franquiciado, inclusive los derechos iniciales por el uso de marca y del nombre comercial, todas las demás cuotas, únicas o recurrentes por concepto de ayuda para la ceremonia de inauguración, de servicios, de publicidad y de capacitación, y sin olvidar las regalías.

Además, si sus derechos iniciales difieren para ciertos franquiciatarios, deberá explicar ese hecho y presentar la fórmula que empleará para calcular las diferencias.

Cláusula 7: Inversión inicial

Esta cláusula obliga al franquiciante a expresar cuantitativamente el costo total de abrir una unidad franquiciada, el cual deberá de incluir la cuota inicial total, el costo de los equipos, el inventario de apertura, los anuncios, la capacitación, el capital de trabajo, el terreno, la construcción, la remodelación y los demás gastos. Las cantidades deberán de ser razonables y exactas. También debe de proporcionar información sobre la forma en que deberán cubrirse esos costos, cuándo y a quien deben pagarse.

Cláusula 8: Requisitos de compra de productos

Aquí se incluyen los planes para el control de calidad. Debe de señalarse todo requisito que se imponga al franquiciatario para que compre los productos que el franquiciante produzca, o para que los compre o arriende a proveedores que el franquiciante apruebe o señale, al igual que las especificaciones que se fijen para la adquisición de los productos y los criterios de tales especificaciones.

Cláusula 9: Financiamiento de la franquicia

Si se piensa financiar una parte o toda la inversión inicial del franquiciatario, el franquiciante deberá estipular los plazos y las condiciones de dicho financiamiento, así como cualquier vinculo que el franquiciante tenga con terceros que pudieran brindar financiamiento al franquiciatario.

Cláusula 10: Obligaciones del franquiciante

En esta cláusula el franquiciante debe detallar los servicios que va a brindar como tal, entre los servicios que el franquiciante presta se encuentra, la ayuda para preparar la ceremonia de inauguración, seleccionar, construir o remodelar el local, seleccionar y contratar el personal, proporcionar publicidad regional, asistencia en mercadotecnia, desarrollo de nuevos productos o de promociones, dar capacitación de actualización, ayuda contable. Todos estos servicios deben quedar descritos de acuerdo a lo que estipula esta cláusula.

Cláusula 11: Áreas o territorios exclusivos

En esta cláusula el franquiciante debe detallar todas las áreas o los territorios que piensa otorgar con exclusividad. Y aquí la regla general consiste en mantener la mayor flexibilidad posible sin dejar de cumplir con las disposiciones de la circular uniforme de oferta de franquicia. Es común encontrar que el franquiciante señale los parámetros generales que ha tomado en cuenta para delimitar los territorios -como ciudades o poblaciones-, dejando que los territorios específicos queden fijados en cada contrato.

Cláusula 12 y 13: Declaración sobre marcas registradas, nombres comerciales, patentes

En cumplimiento a las cláusulas que se enumeran, el franquiciante deberá informar todo lo referente a marcas registradas, nombres comerciales, patentes y derechos de autor.

Si se trata de marca registrada, el franquiciante debe declarar si está registrada en la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América, y de ser así, señalar si pertenece a la lista principal o a la complementaria. También debe identificar claramente los derechos y las obligaciones que tiene el franquiciatario en relación con las patentes, nombres comerciales y marcas registradas.

Cláusula 14: Dueño/Administradores

En esta cláusula el franquiciante debe especificar quien debe desempeñar las operaciones diarias del negocio franquiciado, ya sea el dueño o un administrador; así como debe señalar cualquier restricción o control que piense fijar o ejercer sobre el administrados o los administradores o demás empleados del franquiciatario.

Cláusula 15: Restricciones sobre bienes y servicios

En esta cláusula se requiere que el franquiciante describa los bienes y servicios que el franquiciatario se verá limitado a vender. Así mismo, debe señalar las restricciones que pretende establecer sobre clientes y mercados.

Cláusula 16: Renovación, terminación, recompensa, asignación

El franquiciante está obligado a informar oportunamente cual será el plazo del contrato de franquicia, cuales serán los términos de su renovación, cuales serán los términos de terminación anticipada para el franquiciante y para el franquiciatario, cuales serán las obligaciones posteriores a la terminación del contrato, las condiciones para vender o ceder el negocio y las disposiciones sobre recompra de la unidad franquiciada.

Cláusula 17: Convenios con personajes públicos

Esta cláusula se remonta a los años de la década de los 60', cuando los franquiciantes recurrían al respaldo de personajes celebres para atraer a los franquiciatarios potenciales. En la actualidad esos apoyos se emplean únicamente en las ventas al menudeo, pero los requerimientos se han conservado y desempeñan un papel secundario en las presentaciones de los nuevos negocios franquiciados.⁷

Cláusula 18: proyecciones de ingresos

Aquí se obliga al franquiciante a emplear una base razonable para formular sus estados de ingresos e indicar los supuestos en los que se basó para la información recabada. Adicional a esta obligación, el franquiciante debe respaldar sus declaraciones y señalar al franquiciatario cuales cifras incluyó en sus cálculos.

⁷ S. Raab, Steven y Matusky, Gregorl, op. cit., p. 299

Cláusula 19: Cuántas franquicias posee

En esta cláusula el franquiciante debe declarar cuantas franquicias tiene y cuantos negocios más espera franquiciar durante el año siguiente.

Cláusula 20: Estados financieros

El franquiciante está obligado en términos de la presente cláusula a presentar a su franquiciatario, estados financieros auditados de sus tres últimos años de operación y estados financieros no auditados de los últimos noventa días.

Cláusula 21: Anexos de todos los demás contratos

Cuando existan contratos relacionados con el negocio del franquiciante y relacionados con el contrato de franquicia que desea celebrar, deberá anexar los mismos a la circular uniforme de oferta de franquicia

Cláusula 22: Firma de recibido

La firma del interesado revela que recibió el documento al que se denomina en los Estados Unidos de América como "*la circular uniforme de oferta de franquicia*" cuando menos diez días antes de firmar el contrato de franquicia o de pagar alguna cantidad de dinero.

Si analizamos detalladamente el contenido de la información a que se refiere el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial y lo comparamos con el contenido de la "*circular uniforme de oferta de franquicia*" que la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos América obliga a formular a todo franquiciante, nos percatamos inmediatamente que:

- a) El franquiciante, en México, en términos de la "*circular uniforme de oferta de franquicia*" Norteamericana, no tiene la obligación de mencionar los nombres del personal que se encuentra directamente relacionado con las funciones de su compañía.
- b) El franquiciante no debe mencionar sus antecedentes legales (litigios)
- c) No debe calcular el costo inicial de inversión del franquiciatario
- d) No debe precisar si va a financiar al futuro franquiciatario.
- e) No debe detallar cuales será el plazo de vigencia del contrato, los términos para una renovación, de cesión o de recompra de la unidad.
- f) No debe precisar proyecciones reales de ingresos
- g) No debe indicar cuantos contratos más sobre franquicias ha celebrado, y
- h) No se encuentra obligado a presentar sus estados financieros auditados al candidato

3. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTICULO 65 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

El 27 de junio de 1990 día en que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la *Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial*, reformada en su denominación por la de *Ley de la Propiedad Industrial* mediante decreto publicado el día 2 de agosto de 1994; mencionó por primera vez, lo que se entiende por franquicia en el artículo 142. En dicho precepto legal, además, se estableció en su segundo párrafo, que: "*Quien conceda una franquicia deberá proporcionar quien se le pretende conceder, previamente a la celebración del convenio respectivo, la información sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta ley*". Además, sabemos que el Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial apareció publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 23 de noviembre de 1994, es decir, un poco más de cuatro años de la publicación de la ley.

Con el artículo 65 del reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, el legislador detallo el tipo de información que el franquiciante debe proporcionar al destinatario, la información que de acuerdo con el artículo citado debe proporcionar el franquiciante, debe ser de carácter técnica, económica y financiera, pero según lo hemos analizado resulta limitada e incompleta comparativamente con la circular uniforme de oferta de franquicia, luego, como se puntualizó en el apartado anterior, la carencia de una disposición legal más amplia sobre la información que debe de proporcionar el franquiciante, deja a su facultad discrecional proporcionarla o no, cuando según consideramos que es de vital importancia para una relación de franquicia.

Se propone en atención a lo anterior, que se reforme el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial y se norme en su contenido los demás requisitos mencionados en el apartado anterior.

Sin duda, desde que se reglamentó el contenido la información a que alude el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, desde el día 23 de noviembre de 1994, ha sido una especie de bendición problemática. Por una parte los franquiciantes intentan cumplir con los requerimientos que se desprenden del contenido de la disposición legal, proporcionando a los franquiciatarios la circular de oferta de franquicia y, por otro lado, a los franquiciatarios se les genera una ilusión grande e imprecisa en el sentido de que la Ley de la Propiedad Industrial ha creado un velo de protección a la franquicia.

4. ANÁLISIS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA COMO UN CONTRATO ATÍPICO

La ley —el Código Civil, el Código de Comercio y demás ordenamientos legales— no reglamentan el contenido de todos los contrato, sólo lo hacen con los contratos más frecuentes e importantes. A los contratos que menciona y cuyo contenido disciplina el legislador, se les llama *contratos nominados o típicos*⁸, y a los que no reglamenta, aunque algunos simplemente los mencione, se le llaman *contratos innominados o atípicos*⁹.

⁸ Ver definición de contrato atípico en la página 60 de éste trabajo. **Gutiérrez y González, Ernesto**, *Derecho de las Obligaciones*, op. cit., págs. 192 y 193, define a él contrato nominado, como: "es el que está reglamentado en el Código o en otras leyes y no como pudiera pensarse por la apariencia gramatical que es aquél que tiene nombre"; al contrato típico lo define como: "es el que aparece regulado en el Código o en otras leyes, y es coincidente en su esencia con el nominado".

⁹ Innominados son los contratos que no están regulados expresamente por la ley pero que, independientemente de ello, las partes los pueden celebrar, en atención alo dispuesto en el artículo 1858 del Código Civil, que establece: "*Los contratos que no están especialmente reglamentados en éste Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento*". Usando la terminología del legislador, podemos decir que es nominado el contrato reglamentado en la ley, e innominado el que no lo está. Considero además, que las partes pueden celebrar, no tan sólo contratos reglamentados sino los que no lo están, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, que indica que las partes tienen absoluta libertad para celebrar los contratos que deseen con la única condición de que éstos sean lícitos o, en otras palabras, las personas puedan contraer las obligaciones que gusten con tal que no vayan en contra de la ley o de las buenas costumbres. **Gutiérrez y González, Ernesto**. *Derecho de las Obligaciones*, op. cit. pgs. 192 y 193, define al contrato innominado como: "es el que teniendo o no una denominación especial, carece de reglamentación particular y específica", y al contrato atípico lo define como: "el que teniendo o no una denominación especial, carece de una reglamentación particular y específica". Coincide en su esencia con el contrato nominado. Agrega el autor citado, que: "La terminología de típico y atípico es usada por tratadistas alemanes, y tiene la ventaja de no inducir a confusiones de índole gramatical, por lo que sugiere la utilización de esos términos, en lugar del de contrato nominado e innominado, que se usa en el medio jurídico mexicano".

Todos los contratos pueden dividirse en dos grandes grupos, a saber:

a). Los contratos *tipicos*, cuyo contenido ha sido disciplinado o estructurado expresamente por el legislador en los diversos ordenamientos legales, y

b). Los contratos *atipicos*, cuyo contenido no ha sido reglamentado por el legislador, aunque algunos de ellos tengan ya su nombre en la doctrina (como el contrato de lactancia, el de educación, el de publicidad, etcétera), y algunos otros sean simplemente mencionados por su nombre por el legislador (como acontece con el contrato de franquicia, de suministro, de distribución, de licencia, etcétera).

En una y otra especie de contratos, se reconoce por el legislador la libertad contractual. En razón de la aceptación del principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, las partes pueden celebrar las convenciones que deseen, aun cuando no estén expresamente reguladas por la ley, con la única condición de que éstas sean lícitas.

Refiriéndose a tal cuestión, el maestro Borja Soriano, nos dice: “De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no contratos, al celebrarlos obran libremente y sobre su propia igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público. Esta limitación se encuentra consignada en términos generales en el Código Napoleón, en el artículo 15 del Código de 1884 y en el artículo 6 del Código de 1928, según el cual: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. Sólo puede renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no afecte derechos de terceros”. Esto quiere decir que los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a la ley, y aun pueden convenir en lo que sea contrario a una ley, si ésta no es de interés público, sino sólo supletoria de la voluntad de las partes.”

Más adelante agrega: "Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido, sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esta autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual, bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha, la del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes, y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa".¹⁰

Efectivamente, el principio de la autonomía de la voluntad, que tuvo su mayor auge en el siglo XIX, a raíz del desenvolvimiento de la doctrina del individualismo liberal, se encuentra atemperado en las nuevas corrientes jusfilosóficas de la socialización del Derecho. Del que no puede ser ajeno el Derecho de las Obligaciones. Así, encontramos la protección que el legislador brinda a los débiles, desposeídos e ignorantes; a los que no se encuentran en plena igualdad al celebra el contrato, en razón de la función social que debe cumplir la propiedad; o bien, por la protección que el legislador confiere al consumidor. De estas limitaciones al principio antes aludido, son ejemplos el establecimiento de la lesión (artículo 17 del Código Civil Federal), o la protección que se da a los mutuuarios (artículos 2395, 2396 y 2397 del Código Civil Federal), la que obliga a los propietarios de predios rústicos cuando no los estén cultivando a darlos en aparcería o en arrendamiento, y la facultad que se confiere a la autoridad municipal esos contratos por el dueño, cuando éste no cumpla con la obligación impuesta por la ley (artículo 1751 del Código Civil Federal); la protección otorgada por la Ley Federal del Trabajo a los trabajadores, y últimamente, el amparo que se confirió a los consumidores en la Ley Federal de Protección al Consumidor. Todos estos casos, además de las leyes imperativas de orden público, vienen a constituir serias limitaciones a la libertad contractual.

Para corroborar lo anterior, basta transcribir algunos párrafos de la Exposición de Motivos del Código Civil de 1928:

¹⁰ Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Novena Edición, México 1984, p. 123.

“Se dio a la clase desvalida o ignorante una protección efectiva, modificándose las disposiciones inspiradas en los clásicos prejuicios de igualdad ante la ley, y de que la voluntad de las partes es suprema ley de los contratos, pues se comprendió que no todos los hombres, tan desigualmente dotados por la naturaleza, y tan diferentemente tratados por la sociedad, en atención a su riqueza, cultura, etc., pueden ser regidos invariablemente por la misma ley: por eso se dispuso que cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, obtiene un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado con lo que por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedirla rescisión (actualmente nulidad) del contrato, y cuando esto no sea posible, la reducción equitativa de su obligación, durando éste derecho un año”.

“las reformas al contrato de mutuo tienden a proteger al deudor contra las exigencias indebidas del acreedor, y a evitar que aproveche éste la aflictiva situación de aquel al solicitar el préstamo, pactándose anticipadamente la acumulación de intereses que por producir una utilidad inmoderada del capital, fomentan la negligencia del acreedor para reclamar oportunamente el pago, y causando ruinoso perjuicio al deudor”.

“El contrato de arrendamiento se modificó profundamente, haciendo desaparecer todos aquellos irritantes privilegios establecidos en favor del propietario, que tan dura hacen la situación del arrendatario”.

“Se hicieron otras muchas reformas, que no se mencionan por no alegar más extenso informe, pero todas inspiradas en la idea capital que tuvo la Comisión: la de socializar, en cuanto fuere posible, el Derecho Civil, preparando el camino para que se convierta en Derecho Privado Social”.

“Si bien es verdad que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos, ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también lo es que dicho principio tiene dos limitaciones forzosas ineludibles: la primera, que se deriva del interés público, que está por encima de la voluntad individual, y la segunda, de la técnica jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes”.

Así, en los contratos nominados o típicos, la ley estructura su contenido, pero por regla general, los preceptos del legislador en esta materia son normas supletorias o dispositivas que en virtud de la libertad contractual pueden suprimirse, sustituirse o modificarse por la voluntad de las partes, ya que sólo por excepción, son normas imperativas, no susceptibles de derogarse por parte en contrario, como ocurre con las normas que protegen primordialmente un interés público a propósito de cada contrato.

En el artículo 1796 del Código Civil Federal se lee: *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto en aquellos que debe revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”.*

En el artículo 1832 del Código Civil Federal, encontramos que: *“En los contratos civiles cada uno se obliga en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.*

En el artículo 78 del Código de Comercio encontramos, disposición semejante a la anterior, al citarse: *“En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”.*

En el artículo 1839 del Código Civil Federal encontramos que: *“Los contratantes pueden ponerlas cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato sean consecuencia de su naturaleza, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley”*.

Asimismo, en los contratos atípicos no existen normas legales que disciplinen su contenido, el cual puede llenarse o modificarse libremente por voluntad de las partes, en ejercicio también de la libertad contractual. Pero en estos contratos se plantea el problema de cómo llenar las lagunas dejadas por las estipulaciones omisas de las partes, por no existir en el caso normas supletorias o dispositivas a propósito de estos contratos, así como el problema de cómo interpretar estos contratos a falta de preceptos especiales que los reglamenten o integren.

Al respecto, tiene plena aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1858 del Código Civil Federal, que expresa: *“Los contratos que no están especialmente reglamentados en éste Código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este Ordenamiento”*.

El texto legal en glosa es criticable por lo reducido de su fórmula, donde la mayor parte de las veces la norma reguladora del contrato atípico o innominado (autodisciplina) resulta insuficiente; hay ocasiones en que esos contratos resultan "...de elementos atinentes o varios y diversos contratos típicos; éstos son los contratos llamados mixtos, en los que concurren y se contraponen diversas causas, o bien no tienen parentesco conceptual con figuras conocidas, estos es, poseen un contenido absolutamente extraño a los tipos legales".¹¹ Por nuestra parte, apuntamos que un contrato atípico no guardando analogía con ninguno de los reglamentados en la ley civil, puede presentar afinidad con otro reglamentado en una ley diferente. Por ejemplo, la Ley de Sociedades Mercantiles o la Ley General de Títulos de Crédito o como en la especie en la Ley de la Propiedad Industrial, en cuyo caso ¿cómo podríamos aplicar las reglas instituidas para los contratos típicos mercantiles?

Lozano Noriega evidencia que, "tratándose de los contratos típicos o nominados, basta con unas cuantas cláusulas sin que las partes tengan que agotar los términos de su convención, puesto, que, el Código Civil Federal o el ordenamientos legal aplicable en forma supletoria fija las reglas de ejecución. De esta suerte, en la compraventa es suficiente, por lo general, el acuerdo sobre cosa y precio para que la misma sea perfecta (artículo 2249 del Código Civil Federal), en tanto el Código Civil Federal y el Código Mercantil precisan cuáles son las obligaciones de vendedor y comprador y la forma y términos en que deben cumplirlas. En cambio, en los contratos atípicos necesariamente, la redacción tiene que ser más detallada, más precisa".¹²

¹¹ **Messineo**, citado por **Ruiz de Chávez y Salazar, Salvador**. *Importancia Jurídica y Práctica de la Clasificación de los Contratos Civiles*, México 1991, p. 13.

¹² **Lozano Noriega**, citado por **Ruiz de Chávez y Salazar, Salvador**. Op. cit. p. 14.

En mi opinión el contrato de franquicia ha nacido de una unión recíproca entre el contrato de licencia, el contrato de know how y el contrato de asistencia técnica (todos ellos contratos atípicos). Respecto a la unión recíproca de contratos, Sánchez Medal nos dice, que esta se presenta cuando coexisten varios contratos, pero la voluntad de las partes fue celebrarlos como un todo, de manera que un contrato depende de otro o los diversos contratos tienen interdependencia entre sí, sin poderse desvincular el uno del otro, y sin que tampoco pueda subsistir uno si el otro queda sin efectos por algún motivo, por lo que a estos contratos se les llama también contratos vinculados.¹³ En efecto, el párrafo primero del artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, nos dice. **“Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que a 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 los servicios que está distingue”**. Difiero de la opinión del autor citado, cuando dice que la unión recíproca de contratos no debe confundirse con los contratos atípicos,¹⁴ y en efecto, la unión de varios contratos típicos, no constituyen un contrato atípico; pero la unión recíproca de varios contratos atípicos no pueden constituir más que otro contrato atípico, como acontece con el contrato de franquicia.

Sobre los elementos personales del contrato de franquicia como un contrato atípico, cabe advertir sólo que los contratantes requieren de la capacidad general para contratar (artículo 1798 del Código Civil Federal). Asimismo, en cuanto a los elementos formales, puede afirmarse que es un contrato consensual e informal, pues no requiere de una formalidad especial (artículo 1832 del Código Civil Federal), como a propósito lo comentamos en el capítulo segundo del presente trabajo¹⁵. Rige, pues, en esta materia la libertad contractual también en cuanto a la forma y no sólo en cuanto al fondo.

¹³ Sánchez Medal, Ramón, *De los Contratos Civiles*, México, 1988, p. 537

¹⁴ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, p.536

¹⁵ Ver páginas 46 y 62 del presente trabajo.

5. PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

El problema más importante que presenta el contrato de franquicia como contrato atípico, deriva de la ausencia de normas supletorias o dispositivas que directamente llenen las omisiones de las partes, en virtud de que el contenido del contrato no ha sido reglamentado o estructurado por el legislador.

Para los contratos atípicos en general, nuestro legislador establece que debe acudir a los principios generales del contrato, y a las estipulaciones expresas de las partes, reconociendo en esta forma la validez de la autodisciplina en el contrato atípico (artículo 1858 del Código Civil Federal). Pero a falta de una norma expresa, se plantea el problema de que normas de deben aplicar.

En definitiva, mientras no exista una disposición legal que reglamente al contrato de franquicia, el mejor camino es el de jerarquía de criterios que establece nuestra ley (artículo 1858 del Código Civil Federal): primero, hay que recurrir a las reglas generales de los contratos; después, a las estipulaciones expresas de las partes, en acatamiento a la libertad contractual; y finalmente, a las normas del contrato nominado o reglamentado por la ley con el que tenga más analogía.

Por otro lado, la carencia de regulación en materia de franquicias, la falta de profesionalismo en el manejo del tema y el espejismo de las bondades del sistema, fatalmente conducen al surgimiento de graves conflictos entre franquiciantes y franquiciatarios.¹⁶

Una legislación oportuna y adecuada podría evitar muchas de las nocivas consecuencias de las franquicias en las que la improvisación es la constante que presagia el fracaso. No se entiende que en aras de la apertura comercial se justifique una casi total ausencia de legislación en un tema tan sensible como este.

Los reclamos de los franquiciatarios se centran en situaciones tales como ausencia de contratos por escrito, que su gasto en términos de cuotas y regalías no es justificable, ficticio manejo de pronósticos de ventas, incremento constante de precios de insumos y productos, ausencia de publicidad, falta de capacitación continua y, en general, falta de apoyo y manifiesta inexperiencia de los franquiciantes o de sus franquiciatarios maestros.¹⁷

En México, los franquiciantes y sus franquiciatarios maestros ofertan contratos sin observar, en lo más mínimo, las reglas básicas de este tipo de negocios, en función de recuperar su inversión y obtener la mayor utilidad a corto plazo. Después, sólo sobrellevan la relación con los franquiciatarios para evitar deterioros en su imagen pero sin asumir remotamente las trascendentales obligaciones que les derivan con posterioridad a la firma del contrato.¹⁸

En el caso hipotético de una franquicia perfecta los derechos respectivos del franquiciante y del franquiciatario se dividen cuando las partes celebran su contrato de franquicia. En forma ideal, las partes discuten con cuidado sus respectivas obligaciones. Cada parte cuenta con un consejero legal competente, por lo que se dará una negociación amplia y completa de los derechos y obligaciones de cada parte cuando entre en vigor el contrato y aun cuando este concluya. En realidad, raras veces se negocian los contratos de franquicia.

Propongo, se reglamente el contrato de franquicia en la Ley de Propiedad Industrial, ya sea reformando y ampliando el artículo 142 de la citada ley, ya en diversos proveídos dentro de dicho ordenamiento legal, con el objetivo de que:

- a) Se convierta en un contrato típico, con regulación propia.

¹⁶ Jalife Daher, Mauricio, *Propiedad Intelectual*, México, 1994, p.47; *Revista Expansión*, volumen 28, número 690, mayo 1996, p. 26

¹⁷ Jalife Daher, Mauricio, op. cit., p. 48 y Purvin L., Roberto, *El Fraude de las Franquicias*, México, 1998, p. 118, 119 y 190.

¹⁸ Jalife Daher Mauricio, op. cit., p.48 a

- b) Se reglamenten las principales disposiciones normativas que deben regir en un contrato de franquicia. El camino resulta sencillo si aplicamos los elementos que debe reunir la oferta de franquicia y los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes, expuestos en este trabajo.

- c) De entre sus elemento formal, se estipule que es obligatorio su formulación por escrito

CONCLUSIONES

1. El contrato de franquicia fue ideado por sus precursores como una forma de comercialización y tiene su origen en los Estados Unidos de América. Sus distintos grados de funcionamiento han permitido la siguiente clasificación: a) Franquicia de producto de marca; b) Franquicia de conversión y c) Franquicia como formato de negocio, esta última clase de franquicia es la que más expansión ha tenido y por tanto, es la de mayor importancia.
2. En los últimos años la franquicia ha tenido una clara tendencia de crecimiento en los Estados Unidos de América, así el Departamento de Comercio de ese país estima que en el año 2001, la mitad de las ventas al menudeo se realizará por conducto de los negocios de los franquiciantes y franquiciatarios, lo cual de lograrse, equivaldría a más del 20% del producto interno bruto de ese país. De lo anterior podemos concluir que la franquicia representa una alternativa de negocio muy de vanguardia en el entorno global de los países que practican esta forma de hacer negocio.
3. La Unión Europea, como una de las organizaciones internacionales más importantes a nivel internacional en el campo económico, ha encaminado en buena medida sus esfuerzos para formular y emitir diversos ordenamientos que reglamentan en mayor o menor medida la relación que se da entre las partes en una franquicia. Asimismo, en otros países del resto del mundo no ha pasado desapercibida la forma de hacer negocio por medio de la franquicia y por ello se han constituido las diversas asociaciones en materia de franquicias. Con lo que podemos concluir que la franquicia es una forma novedosa y reciente de expandir negocios a nivel local o nivel internacional.
4. La oferta, policitación o propuesta de franquicia nace una vez que el franquiciante ha seleccionado al candidato idóneo para franquiciarle su negocio, por tanto, cualquier otro acto como es el de proporcionar información sobre su negocio al candidato, no lo obliga por sí, porque la oferta, policitación o propuesta deviene de la declaración de su voluntad unilateral para contratar como ha quedado de manifiesto con anterioridad.

5. La información general de franquicia es incompleta en su contenido en comparación con la circular uniforme de oferta de franquicia de los Estados Unidos de América, de suma importancia para la celebración y efectos que debe surtir el contrato de franquicia, por lo que se le debe adicionar los requisitos que se mencionan en el presente trabajo reformando el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial
6. Los negocios que en México operan bajo el formato de franquicia, agrupan a más de 600 empresas franquiciantes, dan empleo a más de 200, 000 personas y generan alrededor de 7,000 millones de dólares, ello demuestra que las franquicias en México son una forma de hacer negocio muy dinámica e importante y por tanto, no debe de soslayarse una regulación más eficaz en la legislación mexicana de este tipo de contrato.
7. El contrato de franquicia es un contrato nominado, bilateral, onerosos, de tracto sucesivo, conmutativo, intuitus personae, atípico en México y consensual, donde una parte denominada franquiciante transmite a otra llamada franquiciatario un conjunto de derechos de propiedad industrial: licencia de marca, nombre comercial, conocimientos técnicos (Know how) y asistencia técnica de forma temporal y para un fin específico, luego es de concluirse que el franquiciante es propietario de esos derechos de propiedad industrial y que el franquiciatario es sólo un poseedor temporal.
8. El contrato de franquicia tiene naturaleza jurídica propia; no es una concesión o contrato de distribución mercantil, porque la distribución es el efecto y no el elemento; tampoco se trata de una licencia de marca, esta constituye sólo uno de sus elementos; tampoco se trata de una asociación en participación, porque no hay contrato asociativo, sino de colaboración y por último; tampoco es un contrato de mandato, más bien se trata de un contrato atípico nacido de la unión recíproca de otros contratos atípicos, a saber: contrato de licencia de marca, contrato de Know how y el contrato de asistencia técnica.

9. Como contrato atípico en México, aunque nominado en el artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial, el contrato de franquicia presenta como mayor problema de índole jurídico, la falta de normas legales que disciplinen su contenido, dejando entonces, en manos de las partes las estipulaciones expresas que las mismas celebren o que una de las partes le imponga a la otra, aún más las reglas generales de los contratos poco auxilian cuando se presentan problemas por incumplimiento de cualquiera de las partes y atendiendo a que como lo concluimos anteriormente, dada su importancia económica y también jurídica siguiendo la finalidad última del derecho que consiste en garantizar la convivencia de los seres humanos en sociedad, es de concluirse que se requiera o más bien, urge que se reglamenten las disposiciones mínimas que deben regir en un contrato de franquicia en la Ley de Propiedad Industrial.

10. El marco jurídico del contrato de franquicia esta dado, sabemos cual fue el origen de esta forma contractual de hacer negocio, como se ha desarrollado en otros países y en el nuestro, que elementos caracterizan a un contrato de franquicia y cual deben ser las convenciones esenciales y naturales que pueden pactar las partes, cuales de esas convenciones son nulas, pero sobre todo, hemos descubierto cual es su naturaleza jurídica y se ha justificado plenamente la necesidad de regular legislativamente al contrato de franquicia en la Ley de la Propiedad Industrial, ordenamiento que regula y protege los derechos de propiedad industrial.

BIBLIOGRAFÍA

A

- ÁLVAREZ SOBERANIS, JAIME, *La Regulación de las invenciones y marcas y la transferencia tecnológica*, México, 1979.
ARCE GARGOLLO, JAVIER, *Contratos Mercantiles Atípicos*, México, 1998.

B

- BARRERA GRAF, JORGE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, México, 1982.
BORJA SORIANO, MANUEL, *Teoría General de las Obligaciones*, México, 1984

C

- CACHO, JOSE P. Y BARCACELI, CECILIA, *Correspondencia Mercantil y Oficial*, México, 1990
CHERTO, MARCELO, *Franchising. Revolcao No Marketing*, Sao Paulo, Brasil, 1989.

D

- DIAZ BRAVO ,ARTURO, *Contratos Mercantiles*, México, 1982
DONALD D., BOROIAN, *Las Ventajas del Franchising*, Buenos Aires, Argentina, 1993

F

- FEHER TOCATLI, FERENZ, *Franquicias a la Mexicana*, México, 1999
FRAGA, GABINO, *Derecho Administrativo*, México, 1993

G

- GALLÁSTEGUI ARMELLA, JUAN MANUEL, *La Ley y las Franquicias*, en Revista Entrepreneur, México, 2000.
GONZALEZ CALVILLO, ENRIQUE, *Franquicias 'la Revolución de los 90'*, México, 1994.
GONZALEZ CALVILLO, ENRIQUE; MAZERO JOYCE, *Franchising in México*, Law Journal American Bar Asociation, Number 1, Summer 1987.
GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano*, México, 1993
GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, *Derecho de las Obligaciones*, México 1993.
GUYENOT, JEAN, *¿Qué es el franchising?*, Concesiones Comerciales, Buenos Aires, Argentina, 1977.

H

- HERNÁNDEZ ESPARZA, PATRICIA, *El Contrato de Asistencia Técnica*, México, 1969.

J

- JALIFE DAHER, MAURICIO, *Aspectos Legales de las Marcas*, México, 1993
JALIFE DAHER, MAURICIO, *Propiedad Industrial*, México, 1999

BIBLIOGRAFIA

M

- MANTILLA MOLINA**, *Derecho Mercantil*, México, 1997
MOTO SALAZAR, EFRAIN, *Elementos de Derecho*, México, 1967
MUÑOZ, LUIS, *Teoría General de los Contratos*, México, 1973

P

- PALOMAR DE MIGUEL, JUAN**, *Diccionario para Juristas*, México, 1981
PEREZ DE LEÓN, ENRIQUE, *Notas de Derecho Constitucional Administrativo*, México, 1994.
PUENTE MUÑOZ, TERESA, *El Contrato de Concesión Mercantil*, Madrid, España, 1976.
PURVIN. L., ROBERTO, *El Fraude de las Franquicias*, México, 1998.

R

- REYES MORA, OSWALDO G.**, *El Contrato Mercantil de Asociación en Participación*, México, 1991.
 Revista *Entrepreneur*, Volumen 8, Número 1, enero del 2000.
 Revista *Expansión*, Volumen 28, Número 690, mayo de 1996
ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho Civil Mexicano, Obligaciones*, Tomo. V, Vol. I, México, 1992
RUIZ DE CHAVEZ Y SALAZAR, SALVADOR, *Importancia Jurídica y Practica de los Contratos Cíviles*, México, 1991

S

- SANCHEZ MEDAL RAMON**, *De los Contratos Cíviles*, México, 1988
S. RAAB, STEVEN Y MATUSKY GREGORI, *Franquicias 'Cómo multiplicar su negocio'*, New York, E.U., 1994.
SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho Administrativo*, México, 1994.

T

- TREVIÑO GARCIA, RICARDO**, *Epítome de los Contratos*, México, 1994

V

- VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR**, *Concesión Minera y Derechos Reales*, México, 1946
VÁZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR, *Contratos Mercantiles*, México, 1998

LEGISLACIONES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Código de Comercio
3. Código Civil

4. Código Civil del Estado de Morelos
5. Ley de Concursos Mercantiles
6. Ley de Correduría Publica
7. Ley Federal de Competencia Económica
8. Ley Federal de Derechos de Autor
9. Ley Monetaria
10. Ley Federal del Trabajo
11. Ley Federal de Protección al Consumidor
12. Ley de Propiedad Industrial
13. Ley General de Sociedades Mercantiles
14. Ley del Impuesto Sobre la Renta
15. Ley del Impuesto al Valor Agregado
16. Ley de Transferencia de Tecnología
17. Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial