



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**ANALISIS JURIDICO E INTERPRETACION DE LOS
CONTRATOS INNOMINADOS EN GENERAL.**



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
DIEGO BECERRIL REYES

ASESOR: LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA



EDO. DE MEXICO

JUNIO DE 2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

INDICE

CAPITULO I

LOS CONTRATOS COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

1.1 El Contrato y el Convenio.....	1
1.2 Diferentes Conceptos de Contrato.....	2
1.3 Clasificación de los Contratos.....	4
1.4 Elementos del Contrato.....	7
1.5 La Interpretación de los Contratos.....	15
1.6 Efectos de los Contratos.....	18
1.7 Terminación de los Contratos.....	20

CAPITULO II

LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN EL DERECHO ROMANO

2.1 Antecedentes.....	25
2.2 Concepto.....	26
2.3 Clasificación de los Contratos Innominados en el Derecho Romano.....	27
2.4 Do ut Des.....	29
2.5 Do ut Facias.....	30
2.6 Facio ut Des.....	31
2.7 Facio ut Facias.....	32
2.8 Acciones para Sancionar los Contratos Innominados.....	33

CAPITULO III

LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN NUESTRO DERECHO CIVIL VIGENTE

3.1 Diferentes Conceptos de Contrato Innominado.....	37
--	----

3.2 Evolución del Contrato Innominado.....	39
3.3 Clasificación de los Contratos Innominados.....	41
3.4 Interpretación de los Contratos Innominados.....	43
3.5 Problemática de los Contratos Innominados.....	48
3.6 Los Contratos Innominados en Nuestra Legislación.....	49
3.7 Los Contratos Innominados en Otras Legislaciones.....	51

CAPITULO IV

LA FRANQUICIA

4.1 Concepto Económico y Antecedentes de la Franquicia.....	55
4.2 Negocios que operan con Franquicia.....	56
4.3 Características de la Franquicia.....	62
4.4 Clases de Franquicia.....	66
4.5 Ventajas de la Franquicia.....	68

CAPITULO V

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

5.1 Concepto.....	71
5.2 Clasificación.....	72
5.3 Figuras Afines.....	75
5.4 Elementos Personales.....	84
5.5 Elementos Reales.....	85
5.6 Elementos Formales.....	88
5.7 La Subfranquicia.....	89
5.8 Obligaciones y Derechos del Franquiciador.....	90
5.9 Obligaciones del Franquiciatario.....	91
5.10 La Cesión de la Franquicia.....	96
5.11 Terminación.....	96
5.12 La Franquicia en el Derecho Mexicano.....	99

CONCLUSIONES.....104

BIBLIOGRAFÍA.....107

CAPITULO I

LOS CONTRATOS COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

1.1 El Contrato y el Convenio

El Código Civil para el Distrito Federal hace la distinción entre contrato y convenio ya que considera al contrato la especie y al convenio el genero.

Artículo 1792: Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

En la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contrato y convenio en sentido estricto: al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, es el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones. El convenio, *latu sensu*, comprende ambas funciones; a su vez el convenio, *strictu sensu*, es un acto jurídico plurilateral que tiene por objeto modificar o extinguir obligaciones y derechos.¹

Dicha distinción tiene su antecedente en el Código Civil francés, el cual distingue la convención o acuerdo de voluntades, que es el genero, del contrato, que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación.

¹ Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Contratos, Tomo 1, Editorial Porrúa S.A., Quinta Edición, México, 1985.

Sin embargo, dicha distinción ya no es reconocida en la actualidad, pues el Código Civil italiano vigente la ha eliminado (Art. 1321) y nuestro mismo Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (Art. 1859), lo cual hace que en realidad resulte ya innecesaria la diferenciación entre convenio y contrato.²

1.2 Diferentes Conceptos de Contrato

Antes de abordar este punto cabe hacer la aclaración de que no es posible dar un concepto general del contrato con plena validez jurídica universal, ya que el mismo varía de época en época y de país en país, de acuerdo a las costumbres y las leyes respectivas.

La influencia doctrinal, que es determinante en la labor legislativa puede orientar la conceptualización de este término hacia diversos sentidos; y si los autores de obras jurídicas tampoco están unificados para darle al contrato un significado uniforme, necesariamente este variará en su aspecto legal, según sea la orientación doctrinal que haya motivado al autor de la ley.

Así, la acepción que puede ser correctamente aplicada en el derecho italiano, puede no corresponder a la que se le da en el derecho francés o bien en el derecho mexicano.

En el derecho romano los contratos eran definidos como: convenciones que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionadas y nombradas por el derecho civil. En esta época se distinguían cuatro clases de contratos; según las formalidades que debían acompañar a la convención: 1ª Los **contratos verbis**, que son aquellos que se forman con la ayuda de palabras solemnes; 2ª Los **contratos litteris**, que son aquellos que exigen menciones escritas; 3ª Los **contratos re**, que son aquellos que no son perfectos sino por la entrega de una

² Sánchez Medal Ramón. De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa S.A. Decimotercera Edición, México, 1994.

cosa al que viene a hacerse deudor; y 4ª Los contratos formados **solo consensu**, que son aquellos en los que basta el acuerdo de las partes. Si es difícil precisar en que época se ha hallado definitivamente establecida esta lista de contratos, es cierto que no data de los orígenes de roma.³

En Argentina, conforme al artículo 1137 de su Código Civil: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".⁴

En el derecho español, conforme al artículo 1254 de su Código Civil: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".⁵

En el derecho francés, conforme al artículo 1101 de su Código Civil: "El contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan, para con una o varias otras, a dar, hacer o no hacer cualquier cosa".⁶

En el derecho italiano, conforme al artículo 1321 de su Código Civil: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial".⁷

En el derecho mexicano como ya hemos visto en la distinción que hace el Código Civil en sus artículos 1792 y 1793, el contrato lo podríamos definir como: "El acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones"; Toda vez que el artículo 1793 dispone que: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

No obstante lo anterior, es preciso hacer varias consideraciones que sí tienen

³ Petite Eugene Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Porrúa, S.A., Quinta Edición, México, 1985.

⁴ Código Civil Argentino. Editorial Zavalia, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1994.

⁵ Código Civil Español. Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1991.

⁶ Código Civil Francés. Editorial Dalloz, Paris Francia, 1993.

⁷ Código Civil Italiano. Editorial la Tribuna, Piacenza, Italia, 1990.

una aplicación general: a) Los contratos se estudian y tienen su campo de actualización dentro del ámbito patrimonial, su estudio solo tiene importancia practica si se hace dentro de la teoría del patrimonio. b) Todo contrato necesariamente implica un acuerdo de voluntades pero no un acuerdo simple, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades por lo menos, en los términos en que lo disponga una norma vigente; y c) Todo contrato debe ligar a las personas que lo celebran, estableciendo entre ellas un vínculo obligatorio de contenido patrimonial.

La expresión "contrato" tiene en la practica jurídica mexicana diversas significaciones: como acto jurídico, como norma individualizada y como documento. 1º El contrato, como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial. 2º El contrato, como norma individualizada, es el acto jurídico como acuerdo de voluntades que es el proceso creador del contrato y el resultado de ese proceso. 3º El contrato como documento, es el documento o el conjunto de signos visibles que es el resultado del proceso contractual y en el cual se contiene la voluntad de las partes, que es en donde constan los pactos o cláusulas de la norma individualizada.⁸

1.3 Clasificación de los Contratos

Siendo tantos los aspectos y manifestaciones que la consideración del contrato puede ofrecer, que es tarea por demás ardua la de presentar una clasificación única y orgánica, en la que estén enlazadas y coordinadas las diferentes categorías de contratos. No obstante, se han hecho algunos ensayos a este respecto, tomando como criterio de ordenación, ya el objeto de los contratos, ya la causa, ya los fines.⁹

⁸ Zamora y Valencia Miguel Angel. Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A.

Cuarta Edición, México, 1992.

⁹ Rojina Villegas Rafael. Op. Cit.

A continuación presentaré en una forma breve una de las principales clasificaciones de los contratos, la cual se presenta en la doctrina y en el derecho positivo, desde diversos puntos de vista.

1° Contratos bilaterales y unilaterales; El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra. El contrato bilateral es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones a ambas partes (artículos 1835 y 1836).

2° Contratos onerosos y gratuitos; Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos. Es gratuito aquel en el que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra.

3° Contratos conmutativos y aleatorios; Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios. Conmutativos, cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato. Aleatorios, cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición a término. Lo aleatorio está en que las prestaciones no son determinadas en su cuantía al celebrarse el contrato y en que habrá de precisarse en el futuro, cuando se realice la condición o el término.

4° Contratos reales y consensuales; Los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. Entre tanto no exista dicha entrega, sólo hay un antecontrato, llamado también contrato preliminar o promesa de contrato. En oposición a los contratos reales, se citan los consensuales, pero es necesario distinguir este término, porque también se usa en oposición a los contratos formales. Cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a un contrato real, simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio, cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a un contrato formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada para la validez del acto.

5° Contratos formales y consensuales; Los contratos formales son aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito como requisito de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato estará afectado de nulidad relativa. Por consiguiente, el contrato formal es susceptible de ratificación expresa o tácita, en la expresa se observa la forma omitida, en la tácita se cumple voluntariamente y queda subsanado el vicio. El contrato consensual, en oposición al formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito y por lo tanto puede ser verbal, o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan, o derivarse del lenguaje mímico, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura. Dentro de esta quinta clasificación nos encontramos con los contratos "solemnes", que son aquellos en los que la voluntad de las partes debe externarse, pues es elemento de existencia del acto, es la forma solemne prevista por la ley. Si las partes no externan su voluntad exactamente como la ley dispone, entonces el acto jurídico no será sancionado con una declaración judicial de nulidad, sino que a falta de un elemento de existencia, el contrato no llegara a existir.

6° Contratos principales y accesorios; Los contratos principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal. Los accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio. Estos contratos accesorios son llamados también "de garantía", porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa como principal. En estos contratos accesorios, la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal sufre en ciertos casos excepciones, porque no podría existir el contrato accesorio sin que previamente no se constituyese el principal. Cuando la obligación principal es inexistente o nula, la accesoria también lo es, pero cuando la obligación accesoria es inexistente o nula no afecta la obligación principal.

7° Contratos instantáneos y de tracto sucesivo; Los contratos instantáneos son aquellos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto. Los contratos de tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado. Esta clasificación tiene importancia en cuanto a la nulidad, porque en los contratos instantáneos sí es

posible la restitución de las prestaciones, en cambio, en los contratos de tracto sucesivo, no siempre lo es, porque habrá algunas que ya definitivamente quedaron consumadas y existirá una imposibilidad de hecho para restituir las.

8o Contratos nominados o típicos e innominados o atípicos; Los contratos nominados o típicos son aquellos que están establecidos en nuestro Código Civil y además el mismo Código establece una reglamentación para su elaboración, señalando de antemano los derechos y obligaciones de las partes. Los contratos innominados o atípicos son aquellos que sin estar previstos por el Código Civil para su elaboración se recurre a la fusión de dos o más contratos y su clausulado atiende a la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que no existe una reglamentación especial para los mismos y son válidos en tanto no atenten contra disposiciones del orden público, normas jurídicas o contra las buenas costumbres y la moral.¹⁰

Clasificación de los contratos de acuerdo con el Código Civil vigente; El Código Civil, sin clasificar propiamente los contratos en grupos o categorías, los ha dividido en a) Unilaterales y bilaterales (Art. 1835 y 1836), b) Onerosos y gratuitos (Art. 1837) y c) Conmutativos y aleatorios (Art. 1838).

1.4 Elementos del Contrato

Los elementos del contrato son de tres clases:

- 1.- Elementos de existencia.
- 2.- Requisitos de validez.
- 3.- Elemento de eficacia.

¹⁰ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, México, 1990.

1.- Elementos de existencia: los elementos de existencia, también llamados elementos esenciales, son dos elementos que conjuntamente debe tener un acto jurídico para ser contrato, de manera que la ausencia de cualquiera de estos dos elementos impide que haya contrato.

El primer elemento de existencia es el consentimiento, que es el acuerdo de dos o más voluntades para la celebración de un contrato. Dicho consentimiento se descompone en dos partes o momentos:

1.- La policitud, que es la oferta para la celebración del acuerdo de voluntades.

2.- La aceptación, que no es más que la adhesión de la voluntad a la policitud.

El segundo elemento de existencia es el objeto, se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él. Este objeto indirecto o mediato del contrato puede ser la prestación de una cosa o la cosa misma o bien la prestación de un hecho o el hecho mismo. La doctrina subdivide al objeto en:

a) Directo: que es el crear o transferir derechos y obligaciones.

b) Indirecto: que es la conducta que debe cumplir el deudor y que invariablemente siempre consiste en dar, hacer o no hacer.

La cosa objeto del contrato debe: Existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio (Art. 1825).

Además el hecho positivo o negativo objeto del contrato debe ser: posible y lícito (Art. 1827).

El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres (Art. 1831).

2.- Requisitos de validez: son características que deben revestir los elementos de existencia y que de no reunirse afectan directamente al contrato, atacándolo de nulidad relativa, nulidad absoluta y en última instancia de inexistencia. Se reconocen como requisitos de validez de los contratos:

- a) La capacidad de las partes.
- b) Que la voluntad sea expresada libremente y exenta de vicios.
- c) Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato.
- d) Formalidad que exige la ley.

a) La capacidad de las partes es la aptitud o capacidad jurídica que la ley le reconoce a toda persona para adquirir y tener derechos, que es la "capacidad de goce", o para usar o poner en práctica esos derechos, que es la "capacidad de ejercicio", pero con las excepciones expresas de la ley, principio que enuncia así el artículo 1798 del Código Civil: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

La "capacidad de contratar" pertenece a la capacidad de ejercicio y es una manifestación de ella. Consiste, según Messineo, en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato, sin necesidad de substitución o de asistencia de otras personas.

b) Que la voluntad sea expresada libremente y exenta de vicios, es decir que la voluntad de contratar sea expresada de manera libre, es decir sin que contenga ningún vicio en la voluntad. Son vicios del consentimiento el error, la violencia física o moral, el dolo y la lesión.

El error es la opinión subjetiva contraria a la realidad o la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada. Existen cuatro clases de errores posibles de cometer en un contrato:

1) El error obstáculo o error impediendo, cuando recae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad de la cosa que hacen inexistente el consentimiento y por tanto, el contrato (Art. 1794 f. I y 2224).

2) El error-nulidad o error-vicio, cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes y que puede constituir un error de hecho o de derecho (Art. 1813).

3) El error indiferente, que no afecta la validez del contrato y ordinariamente se reduce a contratar en condiciones más onerosas o desfavorables de las que se pensó, pero no al extremo de que de haberse conocido la realidad no se hubiera contratado.

4) El error de cálculo o rectificable, que aun cuando no anula el contrato, no es completamente indiferente, puesto que da lugar a la rectificación (Art. 1814).

La violencia, que de acuerdo con la legislación romana puede ser física o "vis ablativa" o "vis absoluta", cuando se emplea la fuerza física o algún agente material que prive de la libertad al contratante, como llevarlo de la mano para que escriba, moverlo a través de hipnotismo o de la embriaguez total. Asimismo tenemos violencia moral, o más propiamente intimidación o miedo, según el Código Civil de 1884 (Art. 1299), cuando por medio de amenazas o de fuerza física se coloca a un contratante en esta disyuntiva: o aceptar en ese momento un mal presente o futuro para él o para personas muy allegadas al mismo, o bien celebrar el contrato (Art. 1819), a cuya violencia llamaban los romanos "vis compulsiva".

Como requisito objetivo para que la violencia constituya un vicio del consentimiento, es necesario que las amenazas sean ilegítimas o contrarias a

derecho. Por otra parte, en el aspecto subjetivo se necesita que la amenaza sea seria, es decir, de tal naturaleza que pueda impresionar a una persona razonable. Algunas decisiones de la jurisprudencia francesa han equiparado a la violencia con el estado de necesidad.

Dolo; el Código Civil define al dolo correctamente al manifestar que es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes (Art. 1815), pues esta inspirada en la máxima romana "Omnis calladitas, fallatia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita" (Labeón).

Se distingue el dolo principal y el dolo incidental, el primero recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes, esto es, cuando induce a las partes a celebrar un contrato que de otra manera no hubieran celebrado y engendra por consiguiente, un error-vicio o error-nulidad; el segundo recae sobre otros aspectos o circunstancias que hacen a un contratante contratar sólo en condiciones menos favorables o más onerosas, como en el caso del error indiferente.

Asimismo existe el dolo bueno que es una pequeña astucia que sólo genera las cualidades o el valor de una cosa, sin tener trascendencia jurídica, ya que solo engendra un error-indiferente y el dolo malo, el cual si tiene consecuencias jurídicas.

La utilidad de considerar al dolo, que a final de cuentas es un error-provocado y no un error-espontáneo, estriba en que es más fácil probar el dolo por las maquinaciones y artificios que se emplean y además permite exigir daños y perjuicios que en el error-espontáneo no es posible reclamar. La mala fe de una de las partes, consiste en la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido (Art.1815) y se equipara en sus efectos al dolo como vicio del consentimiento (Art. 1816).

La lesión; en un sentido amplio es el perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte. Por regla general, la desproporción en el valor de

las prestaciones recíprocas en un contrato conmutativo, o sea la lesión en el amplio sentido de la palabra, no invalida al contrato, pues frecuentemente en todos los contratos hay una parte que se aprovecha en cierto sentido de la otra, y además, es casi imposible que las prestaciones sean siempre iguales. La equivalencia exacta de las prestaciones recíprocas constituye sólo el ideal de la justicia conmutativa: "aequatio rei ad rem".

La lesión en su sentido estricto o restringido es la causa de invalidez total o parcial de un contrato conmutativo, establecida en forma excepcional por el legislador, bien sea por la importancia objetiva del mencionado perjuicio resentido por el contratante que recibe una prestación de valor muy inferior a la que él proporciona o bien por la situación subjetiva de debilidad o de miseria en que contrata dicha parte o bien por una y otra de estas dos razones.

En el fondo, la lesión plantea al legislador la disyuntiva o de salvaguardar la seguridad y la estabilidad de las transacciones o de velar por la justicia y la equidad en esas mismas transacciones. La lesión no está reglamentada en nuestro derecho dentro de los vicios del consentimiento, sino en las disposiciones preliminares del Código Civil (Art. 17), pero a pesar de ello, se le debe considerar como un vicio del consentimiento, que se integra con un elemento objetivo (obtener un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que su parte se obliga el perjudicado, pero sin señalar el monto o la cuantía de tal desproporción) y otro elemento subjetivo (explotar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro).

c) Lícitud en el objeto, motivo o fin del contrato; la licitud en el objeto no es un elemento de existencia, es sólo un requisito de validez que exige la ley, ya que no obstante que sea ilícito, no deja de ser un objeto posible del contrato independientemente de las consecuencias que de ello deriven. No basta que el hecho que debe prestar el deudor o la abstención que debe observar, sea solamente posible, sino que además, debe ser lícito, entendiendo el Código Civil como lícito todo lo que va conforme a las leyes de orden público o las buenas costumbres a contrario sensu de lo que dispone el artículo 1830 del mismo ordenamiento: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". La ley toma en cuenta la finalidad que se persigue en la conducta a realizar, pero además el objeto de la obligación debe ser lícito (Art. 1795 f. III).

d) Formalidad que exige la ley; Que es la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan conforme lo disponga o permita la ley. La voluntad de las partes se puede externar de dos formas y una situación más que la ley dispone y una más que con ella se confunde y así tenemos:

1.- Forma expresa, que es cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

2.- Forma tácita, que es cuando la voluntad resulta de hechos o de actos que la presupongan o autoricen a presuponerla.

3.- Silencio, surte efectos de "forma" cuando la ley confiere a la abstención total de manifestación de voluntad, efectos para la integración del consentimiento (Art. 2547 f. II).

4.- Ignorancia, se le confunde de manera indebida con el silencio y surte efectos de integrar el consentimiento. Hay ocasiones en que una persona no se ha enterado de que se le ha hecho una propuesta, es ignorante de esa propuesta y sin embargo la ley presume que conoce la propuesta, la cual, si no es rechazada se debe entender por aceptada. En el caso del silencio la persona a la que se le hace una propuesta tiene conocimiento de ella pero no manifiesta nada al respecto, de ahí que la ley la obligue. En cambio, en la ignorancia no hay conocimiento alguno y por consiguiente no se puede rehusar la propuesta que se le hizo.

La forma llevada al campo del contrato permite la clasificación de éstos en: formales, consensuales y en algunos casos solemnes, como ya se vio anteriormente.

Existen múltiples maneras de externar la voluntad, ya sea de los particulares o del Estado y las principales, más conocidas y útiles son:

a) Forma solemne, es el elemento externo y de existencia que debe revestir la voluntad del o de los que intervienen en la realización de un acto jurídico. En

ausencia de este elemento la ley niega la existencia y efectos de derecho a las voluntades para integrar un acto jurídico.

b) Forma probatoria, es la que se debe cumplir por exigirla la ley para que el acto valga y surtan plenamente sus efectos entre las partes y frente a terceros; en ausencia de ella el acto se considera nulo.

c) Forma publicitaria, es la que tiene por misión hacer del conocimiento de personas interesadas, la existencia y realización de un acto jurídico. Es a tal grado importante esta forma que sin ella resulta en ocasiones difícil probar la existencia del acto, aunque desde luego, existe. Tal es el caso de las actas del Registro Civil que expide el Estado a petición de parte para acreditar la existencia de un acto.

d) Forma habilitante o suplementaria, es la que la ley exige como suplemento para ejercitar cierto acto que ya se puede realizar con base en una calidad jurídica previa, que tiene el que va a realizar la conducta y así habilita al que ostenta esa calidad, para la realización de cierto acto que de otra manera no surtiría efectos válidos.

e) Forma procesal, referida al campo del derecho procesal civil y que es todo aquel trámite o requisito que exige la ley para ejercitar o para verificar la defensa de los derechos de quien participa en un procedimiento.

Cuando en un contrato no se ha dado cumplimiento a la forma prescrita por la ley, ésta otorga acción para exigir el cumplimiento de la forma omitida (Art. 1833), principio ratificado por el artículo 2232. Si bien es cierto que la ley concede el derecho de exigir el otorgamiento de la forma, también es cierto que da derecho para oponer la excepción de nulidad por la falta de forma en un contrato; por ello, cuando se pretende que una de las partes dé cumplimiento al acto sin que se haya cumplido con la forma prescrita, el demandado con la acción de cumplimiento del contrato, -no para que cumpla con la forma-, puede oponer la excepción de nulidad del acto.

3.- Elemento de eficacia: el elemento de eficacia es el elemento que la ley requiere para que el contrato ya existente con todos los requisitos de validez, pueda producir efectos jurídicos, bien sea en el propio patrimonio o sobre un patrimonio ajeno. Tal elemento de eficacia es la "legitimación para contratar" que

la ley exige a cada una de las personas que celebran un determinado contrato y que es la facultad reconocida por la ley a una determinada persona para que pueda ser parte de un contrato determinado.

Así como se menciona la "capacidad de ejercicio para contratar", entendida como la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de substitución o de asistencia, también se alude a la incapacidad de goce para contratar cuando una persona no puede ni por sí ni por medio de representante ser parte en un determinado contrato. En este sentido, la legitimación puede equipararse a la "capacidad de goce para contratar" y se distingue de la antes mencionada capacidad de ejercicio para contratar, en que en esta última el contrato no puede celebrarse directa o personalmente por el incapaz, pero puede en cambio, celebrarse a través de su representante legal, en tanto que cuando hay falta de legitimación no puede celebrarse el contrato en cuestión ni por sí ni por medio de representante.¹¹

1.5 La Interpretación de los Contratos

Doctrinalmente existen dos teorías para interpretar los contratos:

a) La teoría de la voluntad real o interna, que es la que inspiró al Código Civil francés e italiano. En ella se afirma que si la voluntad de las partes es el alma del contrato, habrá sin duda que atender a ella y se caracteriza por que el intérprete o juzgador analiza la voluntad de las partes y resuelve que es lo que estas quisieron celebrar, así como la verdadera intención de los contratantes, es decir, asume el papel casi de adivino, razón por la cual esta teoría no es aceptada ya que no puede quedar al arbitrio de una persona el desentrañar o interpretar que fue lo que las partes quisieron celebrar o contratar.

b) La teoría de la voluntad real o externa, que sostiene que para interpretar el contenido y alcance de un contrato se debe atender en forma exclusiva a lo que

¹¹ Sánchez Medal Ramón. Op. Cit.

exteriorizaron las partes, de manera independiente de que esa declaración traduzca o no fielmente su querer interno. Esta teoría es la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece, aplicando el principio de que cada quien se obliga en los términos y formas que aparecen y la interpretación del contrato debe ser atendiendo a su literalidad, siendo la interpretación conforme a lo pactado.¹²

Ahora bien, en el libro del maestro Ramón Sánchez Medal titulado De los Contratos Civiles encontramos tres formas o reglas para la interpretación de los contratos:

1.- La interpretación subjetiva; basada en las normas para investigar la intención común de las partes (Art. 1851 y 1852). El hecho fundamental que sirve para interpretar el contrato es la voluntad interna o la intención común que las partes han exteriorizado a través de las palabras, de los términos o de las cláusulas empleadas al celebrar el contrato. Debido a esto cuando "los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratados, se estará al sentido literal de sus cláusulas" (Art. 1851). Por esta misma razón lo que ante todo debe buscarse al interpretar al contrato es la "intención de los contratantes".

Tiene tanta importancia la intención común o la voluntad interna de los contratantes en la interpretación del contrato que cuando no es posible descubrir frente a las dudas, equívocas o ambigüedades de las palabras o cláusulas empleadas por los contratantes, cuál fue la voluntad interna o la intención común de los mismos, el contrato se considera nulo (Art. 1857) dado que en el fondo no hubo en ese caso el acuerdo de voluntades.

Otro reconocimiento explícito de que para la interpretación del contrato tiene la máxima importancia la intervención común de los contratados, se encuentra en la regla de hermenéutica acogida en nuestra legislación: "Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar (Art. 1852)".

¹² Gutiérrez y González Ernesto. Op. Cit.

2.- La interpretación objetiva; que es aquella basada en las normas establecidas para eliminar las dudas y ambigüedades en las palabras, términos o cláusulas del contrato (Art. 1853 a 1856). Dentro de este grupo de normas para interpretación objetiva del contrato hay que mencionar, desde luego, el principio de la conservación del contrato (Messineo), del cual puede considerarse como una importante aplicación la siguiente regla: "Si alguna cláusula de los contratos admitiera diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos" (Art. 1853).

Esta regla no autoriza a interpretar el contrato en caso de ambigüedad en el sentido más adecuado para que produzca el máximo efecto, sino simplemente para que produzca efectos jurídicos y no sea algo carente de todo efecto y enteramente inútil.

Asimismo, para la interpretación objetiva del contrato hay que seguir la misma regla que para la interpretación de las normas jurídicas, observándose al respecto la llamada interpretación sistemática, por virtud de la cual "las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas a las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas" (Art. 1854). En consecuencia con esta interpretación sistemática del contrato, a las palabras empleadas por las partes, aunque tengan diversas acepciones, hay que darles la significación más acorde con la naturaleza y el objeto del contrato de que se trata (Art. 1855).

Esta regla no significa, que para la interpretación correcta del contrato haya de respetarse por fuerza la calificación o el nombre que las partes hayan aplicado al contrato, depende de la naturaleza misma de las prestaciones convenidas y por consiguiente, del contrato que en realidad celebraron las partes, aunque le hayan dado un nombre equivocado. "La naturaleza de los contratos depende no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas en relación con las disposiciones legales aplicables".

3.- La interpretación integradora; si las cláusulas convenidas entre las partes y las normas supletorias establecidas por la ley a propósito de cada contrato en especial resultaran todavía insuficientes para la interpretación del contrato, deberá

continuar con las consecuencias que deriven de la buena fe, del uso, de otras disposiciones legales (Art. 1746) y en especial las fundadas en la equidad (Art. 20 y 1857 f. 1).

1.6 Efectos de los Contratos

Los efectos de los contratos son las consecuencias jurídicas que dimanar de éste, efectos que se producen ordinariamente al momento mismo en que se perfecciona el contrato aunque en ocasiones se generan hasta que se ejecuta el contrato, como ocurre en el caso en que las obligaciones quedan sujetas a un término o a una condición.¹³

El primer efecto que produce el contrato consiste en su "carácter obligatorio", o sea que el acuerdo de voluntades de los contratantes tenga fuerza de ley entre las partes, dicha expresión que equipara la ley general al contrato como una ley de las partes, hay que aceptarla metafóricamente, en el sentido de que ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el contrato, cumpliéndolo y respetando la palabra dada.

De la obligatoriedad deriva otro efecto que consiste en la intangibilidad del contrato por cuanto que no puede una de las partes, por voluntad unilateral, disolver o modificar el contrato (Art. 1797), salvo los casos específicamente previstos en la ley.

Otro efecto es la relatividad del contrato, que consiste en que éste sólo aprovecha o perjudica directamente a las partes y sólo también para ellas crea derechos y obligaciones (Art. 1796), conforme al principio de "res inter alios acta". A este particular, es necesario tener presente el concepto de "partes" en un contrato, tanto en sentido formal como en sentido material. En sentido formal debemos entender por partes en un contrato a las personas cuyas voluntades han concurrido para su formación. En sentido material y por regla general son partes

¹³ Sánchez Meda! Ramón. Op. Cit.

en un contrato las personas que a la vez han emitido su voluntad en la policitud o en la aceptación cuya coincidencia constituye el acuerdo de voluntades de ese contrato y que son también los titulares del interés o de la relación jurídica materia de dicho contrato.

La regla general es que el contrato sólo aprovecha o perjudica directamente a las partes en sentido formal y sentido material en ese contrato. En oposición con este principio general, todos los terceros extraños al contrato no se benefician ni se perjudican directamente, pues ni les obliga ni les otorga derechos ese contrato.

El cuarto y último efecto de los contratos es el de oponibilidad del contrato y consiste en que los terceros tienen que respetar las transmisiones o constitución de derechos reales derivadas de los contratos y aún también las relaciones o situaciones jurídicas creadas por el contrato en el caso de ciertos contratos obligatorios como, por ejemplo el contrato de suministro con pacto de exclusividad.

El profesor Gutiérrez y González Ernesto en su libro Derecho de las Obligaciones manifiesta que el efecto que genera el contrato entre las partes que lo celebran es el que los obliga a cumplir con las obligaciones que pactan con base en ese acto jurídico. Lo anterior es parcialmente cierto ya que si leemos el artículo 1796 del Código Civil nos daremos cuenta que las partes se obligan 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. Las hipótesis que marca dicho artículo son:

a) La ley. El contrato se debe cumplir conforme a la ley; las partes además de cumplir lo expresamente pactado, deben cumplir también con el régimen jurídico que la ley establece para el contrato que se efectúe y el régimen complementario que también se establece, de ahí que, en todo lo que sea omisa la voluntad de los otorgantes, deban cumplir de acuerdo con lo que disponga la ley.

b) El uso. El contrato se debe cumplir conforme al uso; también derivan consecuencias que obligan a las partes que celebran un contrato, no sólo con la

forma que expresamente pactaron, sino también conforme al uso. Para efectos de esta materia debemos entender por uso la práctica establecida entre dos o más personas y conforme a la cual han regido la mayor parte o la totalidad de una serie de relaciones jurídicas. El uso opera y se plasma en forma de una cláusula tácita o sobreentendida en los convenios similares, posteriores, que celebran las mismas partes.

c) La buena fe. El contrato se debe cumplir conforme a la buena fe; el contrato se debe cumplir no sólo conforme a lo que las partes pactaron, a la ley y al uso, sino que, están en la obligación de cumplirlo además, conforme a la buena fe, no obstante que no lo digan. Jurídicamente buena fe, es la creencia positiva que se da a las personas o a las cosas, por la autoridad del que las dice, creencia conforme a lo que en un momento y lugar determinado, se supone que contiene el ordenamiento positivo y la justicia.¹⁴

1.7 Terminación de los Contratos

En un sentido amplio puede decirse que el contrato termina por frustración del mismo o por extinción de sus efectos. Un contrato se frustra cuando no produce efectos a causa de hechos o circunstancias contemporáneas a la celebración del contrato (Messineo). Asimismo, un contrato puede extinguirse o dejar de producir efectos a causa de hechos o circunstancias supervenientes, es decir acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato. Frustrar significa quedar sin efecto un propósito contra la intención de quien quería llevarlo a cabo. Hay frustración del contrato en los cinco casos siguientes:

1) Cuando falta alguno de los elementos de existencia del contrato: consentimiento y objeto (Art. 1794 y 2234) y se trata, por consiguiente, de un contrato inexistente.

2) Cuando el contrato está afectado de nulidad absoluta, misma que se presenta si el contrato recae sobre un objeto imposible o ilícito o si el fin o motivo

¹⁴ Gutiérrez y González Ernesto. Op. Cit.

determinante del contrato es ilícito. Estos casos son causa de invalidez del contrato (Art. 1795 f. III) y producen generalmente la nulidad absoluta del mismo (Art. 6, 8 y 2225).

3) Cuando hay falta de capacidad en alguna de las partes o ha habido algún vicio del consentimiento, incluyendo por analogía en nuestro derecho el estado de necesidad, o cuando no se ha llenado la formalidad exigida por la ley (Art. 1795 f. I, II y IV). En todos estos supuestos, por el principio de conservación del contrato, que tiende a conservar la eficacia de los actos jurídicos, el contrato produce provisionalmente sus efectos, hasta en tanto no se deduzca la acción de nulidad (Art. 2227).

4) Cuando una de las partes, mediante la explotación de la suma ignorancia, de la notoria inexperiencia o de la extrema miseria de su contraparte, ha obtenido a través del contrato un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que aquella se obliga (Art. 17). En este caso el contrato se encuentra afectado de nulidad relativa.

5) Cuando sin ser nulo el contrato, porque produce efectos con respecto a determinadas personas, es, sin embargo, ineficaz con respecto a otras personas a las que le es oponible.

Las causas de terminación del contrato; un contrato que se ha celebrado válidamente y ha empezado a producir sus efectos, puede dejar de producir sus efectos, puede dejar de producir éstos o extinguirse estos mismos a consecuencia de hechos o acontecimientos posteriores a dicha celebración y que constituyen propiamente las causas de terminación del contrato. Hay terminación del contrato en los ocho siguientes casos:

1) El agotamiento natural del contrato o lo que es lo mismo la ejecución total de las obligaciones derivadas del mismo contrato; es el modo natural y ordinario de terminación del contrato, al igual que en el vencimiento del plazo en los contratos duraderos.

2) El vencimiento de un término; en algunos contratos, particularmente en los de ejecución duradera se establece un plazo para la terminación del contrato. La fijación de un plazo puede ser, a veces, esencial al mismo contrato y producir, además, a su vencimiento, no precisamente la terminación del contrato, sino la caducidad misma de los derechos derivados del propio contrato. El término concedido a una de las partes para la ejecución del contrato puede ser de tal manera esencial que una vez vencido el plazo y no ejecutado por dicha parte, el contrato deberá tenerse por resuelto.

3) La muerte de uno de los contratantes; hay contratos en los que por ley la muerte de uno de los contratantes se pone fin al contrato, como sucede en el mandato, cuando muere el mandante o el mandatario (Art. 2595 f. II). Esto ocurre generalmente en los contratos duraderos y que se celebran "intuitu personae" como por ejemplo el comodato (Art. 2515). Sin embargo, el contrato de arrendamiento es la excepción, ya que aun siendo duradero e "intuitu personae", por lo que toca al inquilino, no concluye con la muerte del arrendatario, a menos que exista pacto expreso que lo establezca (Art. 2408).

4) La incapacidad sobreviniente de una de las partes; cuando se trata de un contrato duradero e "intuitu personae", puede también poner fin al contrato (Art. 2595 f. IV, 2720 f. IV y 2639), en el mandato, en la sociedad, en el contrato de obra a precio alzado y en la prestación de servicios profesionales.

5) Por voluntad unilateral de una de las partes; cuando en casos excepcionales a la regla general de la intangibilidad del contrato (Art. 1797), faculta el legislador a uno de los contratantes para desistirse unilateralmente del contrato.

6) Por mutuo consentimiento de las partes; en virtud de que ambos contratantes pueden ponerse de acuerdo para revocar o resolver voluntariamente el contrato que han celebrado. Aunque el mutuo consentimiento es un modo general de poner fin a cualquier contrato, no siempre es eficaz para dejar sin efectos el contrato, ya que en los contratos traslativos de patrimonio o de derechos reales se requiere una retransmisión para dejar las cosas en el estado que antes tenían, retransmisión que puede verse obstaculizada por los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes durante el tiempo intermedio.

7) La quiebra de una de las partes, en cuyo caso cuando se trata de contratos bilaterales pendientes de ejecución total o parcialmente, puede la otra parte "exigir al síndico que declare si va a cumplir o rescindir el contrato, aun cuando no hubiese llegado el momento de su cumplimiento", pudiendo el contratante no quebrado "suspender la ejecución del contrato hasta que el síndico cumpla o garantice el cumplimiento de su prestación" (Art. 139 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos). Una regla semejante existe a propósito de los contratos unilaterales (Art. 141).

8) Por resolución del contrato bilateral, resolución que puede presentarse por:

a) Por incumplimiento de una de las partes; que reconoce expresamente nuestra legislación y que da derecho a la otra a pedir la resolución del contrato bilateral (Art. 1949), a la que a veces llama el legislador rescisión de contrato (Art. 2483 f. IV, 2300 y 2781), pudiendo en general tomarse estos dos términos como sinónimos. La norma general para este modo de terminación de contrato es que la parte perjudicada que quiere resolverlo por incumplimiento de la otra, debe promover el juicio correspondiente ante la autoridad judicial competente y por lo tanto, dicha resolución no opera de pleno derecho. Una excepción en la ley a este principio es la facultad concedida al arrendatario para rescindir el contrato sin necesidad de sentencia judicial (Art. 2416). Inspiradas en el derecho comparado tenemos otras dos excepciones que son: el caso del pacto comisorio expreso o cláusula resolutoria expresa y el plazo esencial concedido a una de las partes para cumplir el contrato.

En los casos de rescisión por incumplimiento puede el contratante perjudicado con éste agregar una reclamación por daños y perjuicios (Art. 1949), comprendiéndose dentro de ellos no sólo los daños materiales, sino también el daño moral (Art. 1916, 2116 y 1916 bis f. II).

b) Por imposibilidad sobreviniente; además del incumplimiento de una de las partes, puede dar lugar a la resolución del contrato sinalagmático el hecho de que después de celebrado dicho contrato haya sobrevenido la imposibilidad de cumplir con una de las obligaciones derivadas del propio contrato (Art. 1949 f. II). La imposibilidad sobreviniente no produce la resolución del contrato bilateral cuando éste tuvo ya efectos reales sobre cierta cosa cierta y determinada, esto es,

cuando la transmisión de la propiedad o la constitución de derechos reales se verificó ya entre los contratantes por mero efecto del contrato (Art. 2014).

Al efecto, si en este contrato, después de celebrado, se pierde dicha cosa por caso fortuito o fuerza mayor, aunque todavía no haya sido entregada al contratante-adquirente, continuará éste de todas maneras obligado a cumplir con la prestación a su cargo, pues en tal hipótesis ya no existirá simplemente la obligación secundaria del contratante enajenante de entregar la cosa y sufrirá la otra parte la pérdida de la misma cosa (Art. 2017 f. V), de acuerdo con la llamada "teoría de los riesgos".

c) La resolución por excesiva onerosidad sobreviniente; algunos autores (Celso Ledesma, Rojina Villegas, Néstor de Buen y Reyes Tayabas) en contra de otros autores (Borja Soriano, Trinidad García, Castillo Larrañaga y Gutiérrez y González), sostienen que existe un tercer caso de resolución del contrato sinalagmático por excesiva onerosidad sobreviniente, que equivale a la revisión del contrato por los Tribunales y ya no sólo por el legislador, cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles agravan considerablemente la prestación de una de las partes. Los autores que sustentan este criterio apelan a doctrinas basadas en los artículos 1796, 1838, 1845, 1857 y 2117 del Código Civil. Invocan el artículo 1796, por cuanto que para el cumplimiento de los contratos hay que respetar "la buena fe"; el artículo 1838, en atención a que en los contratos conmutativos las prestaciones de las partes han de ser ciertas desde que se celebra el contrato, de manera que se permita apreciar inmediatamente la pérdida o la ganancia que derivará del contrato; el artículo 1845, que concede al juez la facultad de reducir equitativamente la pena, cuando la reducción no pueda ser proporcional en los casos de incumplimiento parcial de la obligación; el artículo 1857, en el que se apela para la interpretación de los contratos oscuros, a la mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos; y el artículo 2117, por virtud del cual el legislador establece un tope máximo a la responsabilidad por incumplimiento en las deudas de dinero.¹⁵

¹⁵ Sánchez Medal Ramón. Op. Cit.

CAPITULO II

LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN EL DERECHO ROMANO

2.1 ANTECEDENTES

Bajo el Imperio romano, los jurisconsultos estaban de acuerdo en que, si una convención destinada a procurar ventajas recíprocas era ejecutada por una de las partes, esta se volvía civilmente obligatoria; hay convención cuando dos o más personas se ponen de acuerdo respecto a un objeto determinado. Y las convenciones así sancionadas han recibido el nombre de contratos innominados.

Cuando dos personas han convenido en hacerse prestaciones recíprocas, por ejemplo que una cederá a la otra un esclavo para recibir un terreno, éste convenio, como todos los pactos aislados que no forman un contrato consensual, no tiene en principio nada de obligatorio. Pero si una de las partes ejecuta lo que ha prometido, enriquece a la otra: desde entonces se hace equitativo que la que ha recibido la prestación esté civilmente obligada a cumplir su promesa. Hay algo análogo a un contrato re y la prestación suministrada por una de las partes se convierte para la otra en causa suficiente de obligación.

Este principio fue siempre reconocido por los juristas romanos, pero como en casi todas las demás instituciones sólo en ciertos casos muy especiales lo admitieron eficazmente, sobre todo en aquellos que siendo muy frecuentes en las transacciones sociales se presentaban bajo una apariencia sencilla, ya que la obligación del deudor consistía únicamente en restituir el mismo objeto por él recibido o tratándose de cosas fungibles, la misma cantidad que le había sido entregada. Sólo después se fue aplicando el principio a otros casos análogos hasta que el mismo fue aceptado en toda su extensión y como una regla de carácter general.

El Derecho civil ha llegado a sancionar en este caso la convención y a dar acción a la parte que la ha ejecutado para obligar a la otra a cumplir su compromiso. Así es como nacieron nuevos contratos que los juriscultores calificaron de *contractus incerti* (Ulpiano, L. 9, pr., D., de reb. cred., XII, 1), o *negotia nova* (Gayo, L. 22, D., de pr., verb., XIX, 5) y que los comentaristas han llamado contratos innominados, por que no entran en ninguna de las cuatro clases de contratos que habían recibido un nombre particular.¹⁶

2.2 Concepto

El contrato innominado es una convención sinalagmática no clasificada entre los contratos nominados, y que ha sido ejecutada por una de las partes en vista de una prestación recíproca. Esta prestación puede ser bien un dar o bien un hacer.¹⁷

Así, tenemos cuatro especies de contratos innominados:

- 1.- Do ut des (doy para que des).
- 2.- Do ut facias (doy para que hagas).
- 3.- Facio ut des (hago para que des).
- 4.- Facio ut facias (hago para que hagas).

Para algunos autores esta clasificación de los contratos innominados no es de origen clásico, sino que nació de la tendencia peculiar de los juristas bizantinos de reducir todo a esquemas, mientras que para otros dicha clasificación procede de Paulo.¹⁸

¹⁶ Petite Eugene. Op. Cit.

¹⁷ Petite Eugene. Op. Cit.

¹⁸ Anales de Jurisprudencia. Tomo XXXIII. Número 6. 2ª Época.
30 de Junio de 1941. México, D.F.

2.3 Clasificación de los Contratos Innominados en el Derecho Romano

Los contratos innominados, que se dividen en cuatro grupos como ya vimos anteriormente y que estudiaremos por separado posteriormente, tienen en cada categoría variedades innumerables, según la naturaleza de las cosas o de los servicios que las partes se proponen cambiar. Sin embargo, hay algunos que en razón de su importancia práctica han recibido y merecen una atención especial: son en el Derecho Clásico el *aestimatum* y el cambio, y en el Derecho de Justiniano, el *precario*.¹⁹

1.- Del *aestimatum*. Hay *aestimatum* cuando una persona entrega a un tercero una cosa estimada en cierto precio y conviene con él que la venderá y le devolverá o el precio fijado o la cosa intacta si no ha podido venderla, si el tercero la vende más cara, se guarda la diferencia; si la vende menos cara, debe siempre su estimación. Puede debérsele un salario (Paulo, l. 2, D., de *aestim.*, XIX, 3), pero los riesgos de la cosa que le ha sido entregada son a su cargo. Se había tratado de asimilar esta convención, ya a la venta, ya a un arrendamiento, bien a un mandato; se terminó por ver en el un contrato innominado sancionado por la acción *praescriptis verbis*, que tomó en este caso la calificación particular de acción *aestimatoria*.

2.- Del cambio. El cambio es por excelencia el *negotium do ut des*. Las partes contratantes han convenido en que debe hacer a la otra la *datio* de una cosa y que debe de recibir en cambio la *datio* de otra cosa. Se perfecciona cuando una de las partes ha dado una cosa para recibir en cambio otra, tomando aquí la palabra "dar" en su sentido jurídico de transmisión de la propiedad.

Sobre la naturaleza y la disciplina del contrato de cambio contraviniéron ampliamente los Sabinianos y los Proculianos, sosteniendo los primeros que puesto que el fin jurídico y económico del contrato era el mismo que el alcanzado por la venta debían aplicársele los mismos principios de esta; los Proculianos veían por el contrario dos contratos distintos y su opinión terminó por prevalecer habiendo sido aceptada por Justiniano.

¹⁹ Petite Eugene. Op. Cit.

En la legislación de este Emperador se admitió que entre ambos contratos existen diferencias notables que separan el cambio a la venta:

a) Por la formación del contrato: la venta es perfecta por el solo acuerdo de las partes; al contrario, la convención de cambio no es obligatoria, y solo hay contrato después que una de las partes ha ejecutado voluntariamente la datio convenida.

b) En cuanto a los efectos: mientras que en la venta importa distinguir el vendedor y el comprador, porque sus obligaciones son diferentes, en el cambio las dos partes desempeñan el mismo papel. Cada una de ellas está obligada a transferir la propiedad de la cosa prometida, lo que excluye la cosa ajena como objeto de cambio. Cada una está obligada a la garantía de la evicción y vicios ocultos, y estas obligaciones recíprocas son sancionadas por la misma acción, la praescriptis verbis.

c) La parte que primero ha operado la datio tiene el derecho, en virtud de los principios del cambio, de resolver el contrato y de recobrar lo que ha dado, mediante el conductio de rem dati, cuando la otra parte no quiere, o no puede ya por culpa suya ejecutar su obligación, en la venta al contrario, el derecho de resolución no pertenece al vendedor no pagando más que en el caso de que se le haya reservado expresamente por un pacto unido in continenti al contrato de la lex commissoria.

3.- Del precario. Hay precario cuando una persona concede a otra, que se le ha rogado, la posesión y disfrute gratuito de una cosa a cargo de restituirla en la primera reclamación.

El precario; que primero no se aplicaba más que a fundos de tierra, más tarde se amplió, pudiendo tener por objeto cosas muebles y aun cosas incorpóreas, como las servidumbres.

El rasgo esencial del precario era el poder absoluto por parte del precario dans, de reclamar el objeto al precario accipiens, aun en el momento más inoportuno. Ni siquiera la fijación de un término, concedido por el precario dans, limitaba esa facultad.

Durante mucho tiempo, el que concedía una cosa a título de precario no tuvo para recobrarla más que un recurso pretoriano, el interdicto de precario, y la rei vindicatio, cuando era propietario. Bajo el Imperio, ciertos jurisconsultos le conceden la conditio incerti para hacerse devolver la posesión. En el último estado del Derecho, el precario ocupó un puesto entre los contratos innominados, y el concedente tiene, para hacerse restituir la cosa, la acción praescriptis verbis.

El precario se parece mucho al comodato, sin embargo se diferencia en ciertos puntos:

a) en el comodato, la restitución de la cosa prestada sólo es debida en el plazo convenido; en el precario, es exigible a voluntad del concedente, aun cuando haya habido plazo fijo.

b) el comodatario no tiene más que la detención de la cosa prestada; el precarista posee, tiene contra terceros el recurso de los interdictos posesorios para conservar la posesión.

c) mientras que el comodatario es responsable de toda falta, el precarista sólo responde de su dolo y de su falta grave.

Igualmente y como contratos innominados (en el sentido no de falta de nombre, puesto que lo tienen como los anteriores, sino de contratos no sujetos a reglamentación especial y por lo tanto de naturaleza difícil de precisar) se citan la donación sub modo (o sea la donación onerosa con cargas que debe soportar el donatario), la participación, la constitución de dote con promesa de restitución, la transacción, etc. etc.

2.4 Do ut des

Doy para que des. Si la prestación cumplida y la que se espera consisten ambas en la transferencia de la propiedad de una cosa. El contrato característico de esta clase de contratos era la permuta.²⁰

²⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IV Cons-Cost.

Los sabinianos consideraban la permuta como un caso especial de compraventa, alegando que aquélla era, en realidad, un antecedente histórico de ésta; pero los proculeyanos alegaban que varias diferencias jurídicas separaban a la permuta de la compraventa, de modo que era preferible considerarla contrato innominado.

En el Digesto de Justiniano se encuentra un ejemplo acerca de esta categoría, sobre las acciones de palabras, prescritas y por el hecho el cual dice: "Mi hijo esta como esclavo tuyo y tu hijo como esclavo mío; se convino entre nosotros que tu manumitas el mío y yo el tuyo. Yo manumití y tú no has manumitido. Me pregunto por que acción me quedas obligado".²¹

En este caso podemos ver la teoría de lo que se da por una causa la cual se refiere a las cuatro clases de contratos innominados, en cuyo caso se pregunta que obligación nace.

Si yo diera dinero para recibir una cosa estaríamos hablando de una compraventa pero si doy una cosa para recibir otra puesto que no se estima procedente que la permuta de cosas sea compraventa, no hay duda que nace una obligación civil, no para que me devuelvas lo recibido, sino para que seas condenado a mi favor toda vez que me interesa recibir aquello que se convino, o bien si quisiera recuperar lo mío, reclamar lo que se dio.

2.5 Do ut facias

Doy para que hagas. Si la prestación cumplida consiste en una transmisión de propiedad, y la que debe cumplirse en cualquier otro comportamiento. Por ejemplo: "te transmito la propiedad de uno de mis esclavos para que manumitas a otro esclavo tuyo"; "te doy un anillo para que me pintes un fresco".²²

Edit. Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina. 1991.

²¹ Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 2ª Época. Tomo XXVII

Número 7-8, Julio- Agosto de 1953, Madrid, España.

²² Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit.

En este grupo de contratos encontramos que una persona se declaraba dispuesta a prestar ciertos servicios, a cambio de que otra le prometiera algún objeto, que no era dinero (ya que en caso de una contraprestación monetaria tendríamos el arrendamiento romano en su forma de *locatio-conductio operis* o *locatio-conductio operarum*).

Hay *locatio-conductio operis* cuando el que presta sus servicios recibe de la otra parte tradición de una cosa sobre la que tiene que realizar su trabajo. Hay *locatio-conductio operarum* cuando el *locator*, en lugar de procurar el disfrute al conductor de una cosa por la que le debe las merces, le presta servicios determinados.²³

En el Digesto de Justiniano, quien hace la referencia a Papiano, el cual a través de un ejemplo llegaba a explicar el contrato innominado de *do ut facias* diciendo: "si te di diez para que manumitas a Estico, y no lo hicieses, inmediatamente podré usar la acción *praescriptis verbis*, para que me pagues lo que me importa; y si nada me importa podré usar la *condictio* para que me devuelvas los diez".²⁴

2.6 *Facio ut des*

Hago para que des. Es la hipótesis inversa de los contratos *do ut facias* (sí en los ejemplos dados, el primero en cumplir es el amo manumitente o el pintor).²⁵

Es decir, que la situación jurídica se observa desde el punto de vista de la parte que prometía algún objeto.

En caso de un hecho contra una donación, este contrato se manejaba de la

²³ Petite Eugene. Op. Cit.

²⁴ Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Op. Cit.

²⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit.

siguiente forma, por ejemplo: libero al esclavo Panfilius si tu me transfieres al esclavo Sticus.

En el Digesto de Justiniano se hace referencia a este tipo de contratos innominados (D, 19, 5, 5) "pero si yo hiciera algo por que tome dos y después de haberlo hecho dejas de dar, no se dará acción civil, y, por ello, se dará la de dolo".²⁶

Cabe anotar aquí que el jurisconsulto Paulo, al desarrollar los supuestos enunciados, excluye expresamente de la protección general que daba la *actio praescriptis verbis*, a la hipótesis *facio ut des*, para la que solamente reconocía el ejercicio de la *actio doli*, pero varios pasajes de las fuentes, en especial un rescripto de Alejandro Severo, acuerdan la *actio praescriptis verbis* a la relación proveniente del *facio ut des*.

2.7 *Facio ut facias*

Hago para que hagas. Si ambas partes tienen un objeto distinto de la transmisión de propiedad. Ejemplo: dos acreedores se ponen de acuerdo para el recíproco cobro de los créditos en las respectivas plazas, o dos empresarios se obligan a construir, uno para el otro, en diversas localidades, una casa de campo.²⁷

En este caso, si la prestación consistía en un *facere*, esto es, cuando se tratara de los supuestos, *facio ut des* o *facio ut facias*, como en principio no era dable hacer restituir un hecho, ya realizado, el problema se presentaba más complejo y para darle solución llegó a acordarse que la parte que había cumplido con la obligación el ejercicio de la *actio doli*, para lograr el resarcimiento del daño que se le había causado por el retraso en el cumplimiento de la contraprestación. Todavía se dio otra defensa a la parte cumplidora, la *condictio exponientia*, que le permitía desistirse unilateralmente de la convención y reclamar la prestación por

²⁶ Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Op. Cit.

²⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit.

él ejecutada, cuando el otro no hubiera cumplido todavía la suya, aunque no mediara una demora injusta.²⁸

En el Digesto de Justiniano, se advierte este tipo de contrato de la siguiente manera: "Mas si hago para que hagas, este caso advierte varias teorías. Pero si hemos pactado que tu exijas de mi deudor en Cartago y yo cobre o edifique y tú no, entonces en el primer caso, parece haber intervenido en cierto modo un mandato, sin el cual no puede exigirse dinero a nombre de otro, pues aunque se ocasionen gastos, no obstante nos prestamos un servicio mutuamente, y también puede el mandato, por el pacto exceder de su naturaleza (pues puedo mandarte que me respondas por custodia o que no gastes más de diez mil sestercios en la gestión de cobrar), y si gastamos los dos la misma cantidad, no hay duda alguna. Pero si uno edificó lo que debía y el otro no, se obliga éste, como si también en este caso se admitiera que hay mandato, como si fuera para abonamos mutuamente los gastos, pero yo no puedo mandarte respecto a cosa tuya. Como todo, será más seguro que se dé la acción de palabras escritas, tanto en la edificación de cosas como en el cobro de deudores, la cual será semejante a la acción de mandato".²⁹

2.8 Acciones para Sancionar los Contratos Innominados

Ya en la época clásica comenzó a admitirse algunas excepciones en el sentido de que se diera a ciertos actos o a ciertas declaraciones de voluntad, fuerza obligatoria, como sucedía con los contratos nominados, de modo que la parte que cumpliera su prestación tuviera derecho, primero, a una indemnización, y luego, con la evolución del concepto de la acción respectiva, derecho al cumplimiento de la prestación correlativa.

Aunque los autores no están de acuerdo en la evolución histórica del contrato innominado en Roma, se admite que el Derecho romano ha reconocido fuerza obligatoria a convenciones que se consideran fuera del cuadro de los contratos

²⁸ Petite Eugene. Op. Cit.

²⁹ Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Op. Cit.

nominados. Y esto ha ocurrido por obra de los jurisconsultos con la aplicación analógica del Derecho civil; en el Derecho pretoriano, donde se dieron ciertas acciones para validar convenciones, como el pacto de constituto, el pacto de juramento y el pacto de hipoteca; por último, en la época de las Constituciones imperiales, se reconoció a los pactos legítimos cuando se sancionaron: la convención de dar entre vivos y la que tenía por objeto constituir una dote.

El principio del cual partieron para reconocer validez a estos contratos, se basa en la equidad y en la consideración de un virtual enriquecimiento sin causa, ya que si dos personas se ponen de acuerdo para hacerse prestaciones recíprocas, y una de ellas ejecuta su parte, se considera que enriquece el patrimonio de la otra, resultando entonces equitativo que ésta quede civilmente obligada al cumplimiento de su respectiva obligación. Esta idea está expresada en la compilación justiniana, que concreta la teoría, y como se ha observado, los romanistas sólo están de acuerdo que en esta época puede hablarse de esa categoría de contrato con fuerza obligatoria y acción propia, ya que en las épocas anteriores es muy discutida la existencia de la doctrina del contrato innominado.³⁰

Primitivamente, si una persona ejecutaba una prestación de una convención bilateral no sancionada por el Derecho civil, quedaba sin defensa de sus intereses, ya que carecía de acción, y su convenio no tenía fuerza obligatoria para el Derecho vigente. Paulatinamente fue admitida por obra del principio de la equidad ya enunciado, que en estos supuestos había una norma que hacía obligatoria la contraprestación. La solución primitiva fue la de indemnizar a la parte que hubiera ejecutado su prestación en ausencia de la contraprestación. Pero de esta manera se anulaba, en realidad, la relación contractual. Así lo exigía la rigidez del sistema cerrado de los contratos. Si la prestación efectuada consistía en una datio, la parte que la hubiera proporcionado fue autorizada a recobrar lo dado mediante una *condictio ob rem dati*. Se denominó así porque tenía por objeto lo que se había dado *ob rem*, para obtener una contraprestación convenida. Es decir, se denominaba a la acción por el hecho de haber transmitido la propiedad de una cosa (*datio*) y que la causa de dicha transferencia había dejado de existir, por lo tanto la cosa debía ser restituida por principio de equidad.

³⁰ Petite Eugene. Op. Cit.

Si se trataba de un hecho, no se autorizaba a la parte que ejecutaba la prestación a ejercer la acción *ob rem dati*, porque la idea de restitución no podía aplicarse al hecho realizado por la parte cumplidora. Al principio quedaba desprovista de acción. Se interpreta que ha fines de la República, mediante la *actio doli*, se proporcionó un recurso contra esta forma de incumplimiento.

Existen datos suficientes de que en estos tiempos ya se suministraban los medios de solucionar estos casos no comprendidos en el cuadro contractual clásico. Para los supuestos de los *negotia facio ut des* y *facio ut facias*, la doctrina fue más esquivada y difícil en la solución. Así, Paulo se negó a admitir en estas hipótesis la idea de contrato y no consintió recurso más que la *actio doli*.

Sobre la acción que convendría a estas convenciones se discutió ampliamente entre los juriconsultos. Según Labeón, se podía consentir una acción nueva denominada en los textos *actio civis* o *actio civilis incertis*; más tarde se concretó en la denominación justiniana de *praescriptis verbis*, o *agere praescriptis verbis*.

Esta acción se dio primero según los textos en los supuestos *do ut des* y *do ut facias*, es decir, cuando la prestación cumplida consistía en una transferencia de una cosa. Más tarde, se admite paulatinamente para las otras dos hipótesis (*facio ut des* y *facio ut facias*), es decir, cuando la prestación del que cumple su obligación consiste en un hacer, en un hecho cumplido.

Sin embargo, hubo resistencia a estas soluciones, y así entre los Sabinianos se sostuvo que la única forma de dar satisfacción al acreedor, en estos casos, era asimilar la convención a un contrato nominado similar, al más cercano en sus prestaciones y así poder extender la acción de este último al contrato innominado. De esta manera esta escuela ofrecía al acreedor un *actio in factum*.

Sin embargo prevaleció la opinión de Labeón, pues era acorde con el sentimiento jurídico de la época inspirado en la equidad y en la lógica de las instituciones nuevas, que exigían a su vez nuevos recursos.

Se comprueba así, ya sin discusión, que a fines del siglo III de la Era Cristiana, prevalece la doctrina del contrato innominado, con su fuerza obligatoria y su acción propia: *praescriptis verbis*.

CAPITULO III

LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN NUESTRO DERECHO CIVIL VIGENTE

3.1 Diferentes conceptos de contrato innominado

Al estudiar los contratos innominados nos vamos a encontrar con que cada autor nos da su propia definición del mismo.

En el derecho romano encontramos que el contrato innominado es una convención sinalagmática no clasificada entre los contratos innominados, y que ha sido ejecutada por una de las partes en vista de una prestación recíproca. Esta prestación puede ser bien un dar o bien un hacer, y encontramos cuatro especies de los mismos: do ut des, do ut facias, facias ut des y facias ut facias, los cuáles analizamos en el capítulo anterior.

En la Revista General de Legislación y Jurisprudencia encontramos la siguiente definición: contrato innominado equivale a contrato que no tiene un nomen iuris en el sistema de la ley, lo cual depende a su vez, por regla general, del hecho de no tener una particular disciplina.

En el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas encontramos la siguiente definición: contrato atípico que carece de reglamentación específica en contrapartida a los contratos nominados o típicos. En los términos del artículo 1858 del Código Civil son aquellos que no estando especialmente reglamentados se rigen por las reglas generales de contratación; por lo estipulado por las partes, y en lo que éstas fueren omisas, por las disposiciones del contrato nominado con el que tengan más analogía.

El profesor Francisco Lozano Noriega en su libro de Derecho Civil, Contratos, nos dice que contrato innominado es el que carece de reglamentación legal.

En el Manual de Contratos del profesor argentino Guillermo A. Borda encontramos la siguiente definición: los contratos innominados o atípicos no están legislados en el Código y resultan de la libre creación de las partes. No pierden su carácter de innominados por la circunstancia de que en la vida de los negocios se les llame de alguna manera, lo que los configura jurídicamente como nominados es la circunstancia de que están legislados.

En el tomo IV de la Enciclopedia Jurídica Omeba encontramos la siguiente definición: El contrato innominado es por su naturaleza una figura contractual atípica, en el sentido de no estar disciplinada por la legislación vigente, aunque puede tener un nombre dado por el uso o por la doctrina social.

Así pues, vamos a encontrarnos con que cada autor nos da su propia definición del contrato innominado o atípico como algunos autores también lo llaman, dentro de los cuáles encontramos al profesor Javier Arce Gargollo quien en su libro Contratos Mercantiles Atípicos nos dice que los contratos atípicos - como concepto negativo de los típicos- son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación. Sin embargo, algunos de estos contratos, sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley (nominados) o por la doctrina. Sobre estos contratos pueden aparecer también algunos usos o normas de la costumbre y criterios de jurisprudencia que los caractericen y reconozcan (tipicidad social).

Si bien es cierto que cada autor nos da su propia definición del contrato innominado, no cabe duda que su nacimiento coincide con la necesidad de adaptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de los contratantes, ya sea en el derecho romano o bien en nuestro derecho actual.

Como Messineo muy acertadamente nos dice: “El contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en normas inmutables, sino que, al contrario, está en constante movimiento y evolución.”

Considero que a medida que la civilización avanza la importancia de los contratos innominados es mayor ya que los mismos pareciera que se van adaptando o amoldando a las nuevas necesidades de una sociedad cada vez más compleja. Hoy en día se nos presentan a cada paso nuevos contratos que, si bien no tienen nombre específico, son de frecuente aplicación.

3.2 Evolución del Contrato Innominado

La evolución de los contratos innominados ha pasado por tres fases sucesivas, referida cada una de ellas a la manera en que los mismos quedaban sancionados.³¹

PRIMERA FASE: "Condictio causa data, causa non secuta". En esta primera fase no se considera que la convención sea un contrato propiamente dicho. En efecto, a diferencia de lo que sucedía en los contratos nominados en los que la parte que había cumplido podía exigir a su co-contratante que cumpliera a su vez con su obligación, no pasaba lo mismo en los casos que la convención no estaba dentro de ninguno de los tipos tradicionales de contrato y por tanto, si fuera de estos, alguna persona había entregado una cosa con intención de obtener en cambio una prestación de dar o de hacer, o de no hacer, la persona que había recibido aquella cosa con la misma intención estaba obligado, pero su obligación era solamente una obligación "natural", en el sentido jurídico del término, es decir, que dicha obligación quedaba desprovista de la sanción otorgada por el Derecho Civil; en otras palabras, el que había cumplido no tenía ninguna acción que le permitiera exigir la prestación que a él se le había prometido, pero como pareciera poco equitativo que el deudor se enriqueciera a costa del que cumplió conservando lo recibido sin entregar nada a su vez, se admitió que el acreedor repitiera esa cosa por medio de una "condictio" llamada "condictio ob rem dati" o "condictio causa data, causa non secuta"; esta condictio no era sino una variedad de la "condictio sine causa", siendo su fundamento la razón de que habiendo dejado de existir la causa que motivó la transmisión de la propiedad de una determinada cosa, debía restituirse ésta.

³¹ Anales de Jurisprudencia. Op. Cit.

SEGUNDA FASE: "Actio de dolo". La situación no presentaba dificultad alguna en los casos en que la prestación efectuada por virtud de la convención innominada consistía en la "datio" de una cosa, ya que como vimos bastaba con condenar a la restitución de la misma, pero el problema se complicaba en aquellas hipótesis en que la prestación cumplida había sido un "hecho"; y en las que por tanto no había restitución posible y tanto para estos casos como para aquellos en que el incumplimiento tenía un carácter evidentemente fraudulento, el Pretor concedía la "actio de dolo" (creada hacia el fin de la República por el Pretor Aquilius Gallus), cuyo objeto era hacer obtener al acreedor que cumplió, el pago de los daños y perjuicios que le había causado el deudor con su incumplimiento. La acción de dolo tenía el inconveniente de ser a la vez un medio riguroso e insuficiente, ya que como dice Petit, entrañaba, por una parte, una condena infamante y por la otra era anual y exigía para su ejercicio el dolo en el demandado.

TERCERA FASE: Acción de ejecución del contrato o "Actio praescriptis verbis". Una vez establecida la acción de daños y perjuicios para sancionar el incumplimiento en los contratos innominados faltaba otorgar una acción que llevara al cumplimiento mismo de la convención, transformándola así en un contrato, ya que la característica esencial en el derecho romano de todo contrato residía principalmente en el hecho de que daba origen a una acción protectora. En virtud de lo anterior, se presentaron divergencias para determinar que clase de acción competía al acreedor de un contrato de esta naturaleza. Unos le daban una nueva acción propuesta por Labeón llamada por los textos "actio civilis in factum", "actio civilis incerti" o "actio praescriptis verbis"; otros como los Sabinianos no admitían esta nueva acción y decían que para satisfacer al acreedor debía asimilarse la operación a alguno de los contratos nominados, dándole la acción correspondiente a este contrato. Pero la solución que prevaleció fue la dada por Labeón a tal grado que antes del fin del tercer siglo de nuestra era, la teoría de los contratos innominados se había generalizado admitiendo que dichos contratos quedarían sujetos para su sanción a la "actio praescriptis verbis", la cual tenía por objeto coaccionar a la otra parte para que cumpliera y también a la "condictio causa data, causa non secuta", cuyo objeto era obtener la rescisión del contrato devolviendo al acreedor el objeto que había entregado a éste. Se llegó así a una situación similar a la que hoy prevalece en relación con toda clase de contratos sinalagmáticos, en los que el perjudicado por falta de cumplimiento puede escoger entre exigir éste o la resolución de la obligación.

Para algunos autores, la aplicación de la "actio praescriptis verbis" a todos los contratos innominados sólo se admitió hasta la época de Justiniano, pues primitivamente se aplicaría únicamente al "aestimatum", quedando sancionados los demás contratos innominados por una "actio in factum" o "actio civilis incerti", sin ninguna denominación. También se dice que la solución dada por Aristón había sido propuesta únicamente para los contratos *do ut des* y *do ut facias*, por haber entre éstos y el mutuo gran semejanza, lo que permitiría la aplicación de las reglas sobre los contratos, pero no así para los negocios *facio ut des* y *facio ut facias* en que faltaba tal analogía. No obstante, Ulpiano primero y después Justiniano, terminaron por admitir que las cuatro clases de contratos quedaran sancionadas por la "actio praescriptis verbis".

Los contratos innominados forman pues, en el derecho romano una especial categoría de contratos reales, que daban a la parte que había cumplido con su obligación el derecho de demandar la prestación prometida por la contraparte por medio de la "actio praescriptis verbis", de la misma manera que en los contratos nominados el acreedor emplea la acción particular correspondiente al contrato de que se trata.

3.3 Clasificación de los Contratos Innominados

Los criterios de clasificación propuestos para los contratos innominados son muy variados y a veces confusos, pues en ellos en ocasiones se incluyen los que corresponden a los contratos múltiples o unión de contratos a los cuales considero una institución distinta del contrato innominado, razón por la cual no analizaré.

El profesor Sánchez Medal Ramón en su libro *De los Contratos Civiles* hace una clasificación de los contratos innominados, la cuál coincide con la que hace el profesor Arce Gargollo Javier en su libro *Contratos Mercantiles Atípicos* y la cual considero es la más acertada para clasificar a los mismos. Los autores clasifican a los contratos innominados en sentido estricto (innominados puros) y contratos mixtos o complejos:

a) Los contratos innominados en sentido estricto o contratos innominados puros son aquellos contratos que tienen un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos, así como aquellos contratos que tienen un contenido sólo parcialmente diferente a los tipos legales establecidos.

b) Los contratos mixtos o complejos (en sentido amplio), son aquellos contratos que resultan de la combinación de elementos y prestaciones que corresponden a contratos nominados. Se les llaman también contratos innominados impropios. En relación con sus prestaciones existen tres clases de contratos innominados impropios:

I) Combinados o gemelos; cuando la prestación de una parte corresponde a varios contratos nominados, y la contraprestación de la otra corresponde a otro contrato nominado único.

II) Mixtos (en sentido estricto); son aquellos en los que a determinado contrato nominado o típico se le añaden las partes, un elemento o prestación de otro contrato nominado o típico.

III) De doble tipo; en los que el total del contrato puede encuadrarse dentro de dos contratos nominados o típicos.

El profesor Gutiérrez y González Ernesto en su libro Derecho de las Obligaciones nos habla de contratos combinados o mixtos que dice se presentan cuando en un solo contrato las partes estipulan prestaciones correspondientes a diversos tipos de contratos nominados o típicos. Estos contratos a su vez los clasifica en:

a) Contratos combinados en sentido estricto; cuando uno de los otorgantes en un contrato se obliga a varias prestaciones principales que corresponden a distintos tipos de contratos y la otra parte se obliga a una prestación unitaria.

b) Contratos mixtos en sentido estricto; se presentan cuando un contrato nominado o típico contiene un elemento representativo o característico de otro tipo de contrato también nominado o típico.

c) Contratos mixtos de doble tipo; cuando el total contenido del contrato encaja o cabe en dos diversas especies de contratos nominados o típicos.

Otra clasificación de los contratos innominados o atípicos es la que hace Arcangeli, quien los divide en propios e impropios; los contratos innominados propios dice el doctrinista, son aquellos que responden a nuevas necesidades no previstas y no normadas o estipuladas en las clasificaciones existentes y los contratos innominados impropios que son una especie modificada de un tipo ya existente, del cual se diferencian por faltarles un elemento esencial, lo que hace que no alcancen su finalidad propia, sino otro fin diferente.³²

Considero que la clasificación de los contratos innominados o atípicos es muy útil para la interpretación de los mismos, pues pueden aplicárseles supletoriamente las normas de los contratos nominados o típicos que conforman sus elementos y prestaciones, así como integrar las lagunas en lo que las partes no previnieron.

3.4 Interpretación de los Contratos Innominados

La cuestión principal que plantean los contratos innominados o atípicos es determinar cómo deben interpretarse e integrarse en sus lagunas los puntos en que las partes fueron omisas.

Interpretar un contrato es averiguar el sentido en que una declaración de voluntad es decisiva para el derecho y así llegar a conocer el alcance y efectos jurídicos de las voluntades que en él intervinieron.³³

³² Anales de Jurisprudencia. Op. Cit.

³³ Gutiérrez y González Ernesto. Op. Cit.

Al respecto, la doctrina ha formulado tres teorías básicas acerca del criterio a seguir para determinar las normas que les resultan aplicables, las cuáles son:

a) Teoría de la Absorción o de la Observación (Lotmar); según esta teoría dado un determinado contrato de contenido complejo, deberá indagarse cuál es el elemento, la prestación prevalente y cuáles son las prestaciones accesorias, hecho lo cual el contrato entero quedara sujeto a las reglas relativas a tipo legal al que pertenece aquel.³⁴

Algunos autores plantean el problema de si la prestación secundaria es para los sostenedores de la teoría jurídicamente irrelevante a tal grado que las normas legales a ellas relativas no son tomadas en consideración para nada, quedando relegadas por las leyes normadoras de la prestación principal.

Fabini, duda que pueda distinguirse en un contrato entre principal y accesorio y aún en la hipótesis de que tal caso sea posible, el Juez, dice, no puede decidir sobre la preferencia de uno en relación con el otro, ya que bien puede suceder que aquello que parece accesorio haya tenido en la mente de las partes la preferencia, y desempeñar en el contrato una función tan importante como la de la prestación principal. Para los Jueces, el principio de la absorción sería muy cómodo, ya que podrían resolver toda dificultad subordinando el especial hecho concreto a un tipo legal y extendiendo mecánicamente las reglas del tipo privilegiado.

Conforme a la teoría de la absorción una prestación no constituye irrelevancia jurídica de la misma a tal grado que las reglas relativas a la prestación principal sean las únicas que se apliquen, sino solamente que dichas reglas regirán los problemas relativos al contrato en su unidad, es decir, en cuanto a su formación, validez, nulidad, etc. pero en lo que respecta al cumplimiento específico de la prestación secundaria, ésta queda regida por las normas especiales a la misma, cuando no contradigan a aquéllas, ya que debe respetarse siempre el fin complejo del contrato, que es el de la prestación principal.

³⁴ Anales de Jurisprudencia. Op. Cit.

De Gennaro opina que el principio de la absorción puede aplicarse, no a los contratos innominados mixtos propiamente dichos, pero sí a los casos en que nos encontremos con una prestación típica absorbida por otra quedando en condición de subordinación.

Considero que la teoría de la absorción no puede servir para disciplinar el contrato innominado, ya que el mismo en si es una unidad y por tal razón no lo podemos dividir para interpretar.

b) Teoría de la Combinación; de acuerdo con esta teoría, cuando un contrato innominado o atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos nominados o típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas. El contrato innominado o atípico, en particular, debe desmenuzarse en sus prestaciones y encuadrar cada una dentro del contrato nominado que corresponda. Las normas supletorias serán las de todos los contratos nominados a los que pertenezcan los elementos o prestaciones que componen el contrato innominado o atípico.³⁵

La presente teoría ha sido formulada por Hoeniger entre otras obras en su *Die Gemischte Verträge in Ihren Grundformen*, pero su antecedente inmediato se halla en otro autor alemán, Rumelin.

El presupuesto de esta teoría es la relación abstracta que se supone existe entre los varios elementos de hecho integradores del contrato y los efectos jurídicos que la ley les atribuye; de esta manera, los convenios complejos quedarían disciplinados en torno a la aplicación coetánea y combinada de las normas que la ley le da para cada uno de los varios elementos, influyendo la doctrina y la jurisprudencia mediante la eliminación, caso por caso, de los conflictos que pudieren surgir entre los dos ordenes de normas.

Hoeniger indica que debe cuidarse que las normas que van a combinarse no sean incompatibles, unas en relación con las otras, advirtiendo que la

³⁵ Arce Gargollo Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*. Editorial Trillas, S.A. de C.V., 2ª Edición. México, 1994.

incompatibilidad surge frecuentemente, no entre las normas referentes a cada prestación en particular, sino entre las relativas a la naturaleza del contrato entero, es decir, las que versan sobre la formación, validez, nulidad, prescripción, etc., por tanto, como no pueden éstas ser aplicadas a la vez, en caso de conflicto sobre los elementos esenciales del contrato, debe aplicarse -a juicio de Hoeniger- la norma más rigurosa, la que exija formalidades más solemnes.

Enneccerus dice que la solución del problema que entraña la regulación jurídica de los llamados contratos innominados, compete en última instancia al arbitrio judicial, atendiendo a las circunstancias del caso concreto e inspirándose especialmente en el fin económico y en los legítimos intereses de las partes.

Personalmente considero que el contrato innominado no es una mezcla o agregado de diversos elementos sino que es un todo, un verdadero organismo, una unidad; se trata de un contrato único que tiene una finalidad propia y única y que no puede descomponerse en sus varias partes ni ser destruido y la solución para su interpretación no puede ser general, sino que se obtendrá por el examen del caso concreto que haga el juez, respetando de manera primordial la voluntad de las partes.

c) Teoría de la Analogía (Messineo); según esta teoría las reglas que deben aplicarse para interpretar un contrato innominado son las reglas del contrato nominado con el que tenga mayor analogía; sin embargo, este criterio no es tan claro y fácil de aplicar, pues puede ocurrir que el contrato innominado, sea puro o mixto, tenga analogía con varios contratos y que no pueda decidirse cuál de todos ellos es el más importante o dominante.³⁶

La lumia considera que no existe ninguna diferencia sustancial entre contrato mixto e innominado, ya que desde el punto de vista económico se parecen en cuanto ambos son contratos que satisfacen necesidades nuevas y desde el jurídico en que todos quedan fuera de los tipos reconocidos y carecen de una tutela legislativa inmediata. Así mismo, considera que esta teoría es insuficiente, debido a que la analogía y la sola aplicación de las reglas generales de las obligaciones,

³⁶ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

no bastan para regular los múltiples y variadísimos casos prácticos y para asegurar en todos la obtención del intento práctico perseguido; considera que debe idearse un procedimiento más amplio, recabando del complejo sistemático del derecho la premisa mayor del silogismo que encierra toda aplicación de la ley, mediante las normas sobre interpretación de las leyes.

Al parecer Messineo considera que éste es el único método seguro: volver al viejo principio de la analogía (analogía legal y jurídica) y debe tomarse en cuenta la causa del contrato innominado.

La mayoría de la jurisprudencia y de las legislaciones de casi todos los países, admiten como solución al problema de la disciplina de las formas anómalas de los contratos, la teoría del contrato innominado o de aplicación analógica; esta es la teoría que recoge nuestro Código Civil en su artículo 1858.

En definitiva, considero que el mejor camino es el de la jerarquía de criterios que establece nuestra ley: primero recurrir a las reglas generales de los contratos enunciados en la teoría general del contrato, 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 se tenga mayor analogía.

El profesor Arce Gargollo Javier en su libro *Contratos Mercantiles Atípicos* encontramos tres criterios del autor para interpretar los contratos innominados:

- 1) En contratos atípicos en los que puede descubrirse una sola prestación preponderantemente propia de un contrato típico, resulta aplicable la teoría de la absorción.
- 2) En los contratos mixtos o complejos que resultan de la combinación de varias prestaciones típicas de diversos contratos regulados la tesis aplicable es la de la combinación.

3) En los contratos absolutamente atípicos debe determinarse si estos poseen tipicidad social para interpretarse con ayuda de criterios judiciales, usos y doctrina.

Personalmente considero que la aplicación de normas supletorias al contrato innominado debe buscarse en los principios y normas generales que regulan las obligaciones, más que en los contratos nominados específicos.

El contrato innominado demuestra que la vida jurídica no se fosiliza en formas o moldes inmutables, sino que aún bajo el aspecto técnico, está en constante movimiento y evolución. Así lo confirma la aparición de nuevos contratos, unos ya disciplinados ahora expresamente por el legislador como nuevos contratos nominados, pero que se desprendieron de las formas tradicionales y rígidas del viejo derecho romano, como por ejemplo, el suministro que surgió de la compraventa, y así mismo la apertura de crédito, el descuento y é el reporto que nacieron del mutuo.

El florecimiento de nuevos contratos innominados o atípicos no es obra sólo de un proceso técnico de diferenciación, sino que obedece principalmente al nacimiento de nuevas necesidades económicas que requieren nuevas figuras contractuales (Messineo).

3.5 Problemática de los Contratos Innominados

Los contratos innominados o atípicos nos presentan dos problemas fundamentales. El primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz, y dispone de la protección del ordenamiento jurídico (problema de admisibilidad y de validez). El segundo consiste en determinar, a falta de una normativa legal, cuál es la disciplina a la cual tales contratos deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias (problemas de disciplina normativa).³⁷

³⁷ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

El problema de la admisibilidad y validez debe plantearse respecto a cada caso concreto de contrato innominado, y aplicar las normas generales de los contratos que nuestra ley contiene respecto de los elementos de existencia y requisitos de validez, este primer criterio de análisis coincide con la jerarquía de reglas aplicables a los contratos innominados que establece el artículo 1858 de nuestro Código Civil vigente.

Considero que en el campo de la validez de los contratos innominados debemos también encuadrar los mismos dentro de los lineamientos establecidos por el artículo 1795 del Código Civil para que estos no sean inválidos.

El segundo problema de los contratos innominados o atípicos (problema de disciplina normativa) deriva de la ausencia de normas supletorias o dispositivas que llenen las omisiones de las partes, en virtud de que el contenido de tales contratos no ha sido reglamentado o estructurado por el legislador.

La celebración de contratos innominados es reconocida por nuestro derecho, el cual admite la libertad contractual (artículos 1796, 1832, 1839 y 1858 del Código Civil), sin embargo esta libertad contractual está subordinada al respeto de los límites impuestos por la ley y al hecho de que el contrato esté dirigido a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico y, una vez que reúna estos requisitos queda provisto de acción y puede hacerse valer en juicio al igual que los contratos nominados que estipula nuestra ley.

Para las dos clases de contratos innominados (los innominados puros y los mixtos) nuestro legislador establece que debe acudirse a los principios generales del contrato y a las estipulaciones expresas de las partes, reconociendo de esta forma la validez de la autodisciplina en el contrato innominado (artículo 1858 del Código Civil).

Pero a falta de una norma de la teoría general del contrato o de una estipulación expresa, se plantea el problema de que normas deben aplicarse. Sobre este particular, en el contrato innominado puro cabe la aplicación analógica, a través de las normas del contrato típico con el que el contrato

innominado puro tenga más analogía. En el contrato mixto propiamente no hay aplicación directa, o sea la aplicación de las normas de los distintos contratos típicos a que corresponden los contratos combinados en el contrato mixto.

3.6 Los Contratos Innominados en nuestra legislación

Nuestro Código Civil contempla la existencia de los contratos innominados aunque no los menciona bajo esta denominación.

El artículo 1858 del Código Civil establece el régimen jurídico de los contratos no regulados como nominados y además establece las normas que deben aplicarse para su interpretación o integración, dicho artículo establece: Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que las partes fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Si analizamos el artículo nos encontramos con que el mismo señala claramente el orden que debe seguirse para aplicar al contrato innominado las normas de los contratos, que son:

a) reglas generales de los contratos, las que considero comprenden a todas las reglas generales de las obligaciones.

b) las estipulaciones de las partes, y

c) las normas del contrato nominado con el que tenga más analogía, lo cual no da la posibilidad de aplicar las normas de los contratos nominados de otra legislación, no solo del Código Civil sino también como del Código de Comercio por ejemplo.

Cabe destacar que el legislador acepta el criterio de la analogía en materia de interpretación e integración de los contratos innominados, aunque coloca en primer término las normas generales del contrato.

Así también, la doctrina acepta prácticamente en forma unánime la de acudir a los usos, costumbres, jurisprudencia, decisiones judiciales y estudios de los autores, como instrumentos auxiliares en la interpretación de los contratos innominados; esto se aplica, sobre todo a los contratos que tienen el rasgo de la tipicidad social. Indirectamente nuestra ley lo reconoce en el artículo 1796 del Código Civil y 2 del Código de Comercio, que estipulan que los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino a las consecuencias que conforme a su naturaleza derivan de la buena fe, del uso o de la ley. Y según las normas sobre interpretación de los contratos, el uso y la costumbre del país se tendrán en cuenta (artículo 1856 del Código Civil).

Considero que en los contratos nominados la causa del contrato es reconocida directamente por la ley y que en los contratos innominados ese reconocimiento es indirecto y esta subordinado al respeto de los límites impuestos por la ley y al hecho de que el contrato esté dirigido a realizar intereses merecidos de tutela según el ordenamiento jurídico, y una vez reunidos estos requisitos queda previsto de acción y puede hacerse valer en juicio al igual que los contratos nominados estipulados por la ley.

3.7 Los Contratos Innominados en otras legislaciones

En la legislación argentina el artículo 1137 del Código Civil nos da la definición de contrato: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos."

El artículo 1143 del mismo ordenamiento jurídico nos dice que: "Los contratos son nominados o innominados, según que la ley los designe o no, bajo una denominación especial."

Con lo establecido por el artículo anterior podemos afirmar que la ley argentina admite la celebración de contratos innominados, los cuales deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Lo anterior se desprende de lo establecido por la primera parte del artículo 1198 del Código en comento.

Cabe hacer notar que el Código Civil argentino es el único de los Códigos analizados que en uno de sus artículos nos da una definición de contrato innominado, si bien es cierto que la definición que da de los mismos es en contravención a la que hace de los contratos nominados.

En la legislación francesa tenemos que el Código Civil en su artículo 1101 nos dice que: "El contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan, para con una o varias otras, a dar, hacer o no hacer cualquier cosa."

Así también, la legislación francesa admite la celebración de contratos innominados lo cual se desprende de la lectura del primer párrafo del artículo 1107 del Código Civil, que dice: "Los contratos, sean aquellos que tienen una denominación propia, sean aquellos que no la tienen, son sumisos a las reglas generales, que son el objeto del presente título." (Título trigésimo, de los contratos y de las obligaciones en general).

Para la interpretación de los contratos el artículo 1156 del mismo Código en comento nos dice que: "Se debe buscar en las convenciones, cuál es la común intención de las partes contratantes, antes de estarse al sentido literal de sus términos."

En la legislación española el Código Civil en su artículo 1254 nos dice que: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio."

Así también, la legislación española sin dar una definición del contrato

innominado, admite la celebración de los mismos, según se desprende de la lectura del artículo 1255 del mismo Código: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público."

La celebración de los contratos innominados esta condicionada a que los mismos no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público; razón por la cuál los mismos se interpretarán acatando las reglas generales para la interpretación de los contratos, establecidas en los artículos 1281 a 1289 del mismo ordenamiento.

En la legislación italiana, el Código Civil nos da la siguiente definición de contrato: "El contrato es el acuerdo de dos a más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial."

Al igual que en las anteriores legislaciones encontramos que la italiana ha admitido la celebración de contratos innominados, lo cual se desprende de la lectura del artículo 1322 del Código Civil: "Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley."

Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que no vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior se confirma con lo dispuesto por el artículo 1323 del mismo Código: "Todos los contratos, no obstante que pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, son tutelados por las normas generales contenidas en éste título (Título II, de los contratos en general).

Para la interpretación de los contratos innominados o como dice la legislación italiana, de aquellos contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, se estará a lo dispuesto por el capítulo IV, del Código Civil Italiano (de la interpretación del contrato).

Como podemos observar, las legislaciones de otros países si bien es cierto que no todas dan una definición del contrato innominado, es cierto que las mismas admiten la celebración de los mismos, siempre y cuando los mismos no vayan en contra de los principios generales del derecho y que los mismos sean merecedores de su tutela.

CAPITULO IV

LA FRANQUICIA

4.1 Concepto Económico y Antecedentes de la Franquicia

La franquicia en su sentido más simple la podemos definir como un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (franquiciatario) se le concede, a cambio de una contraprestación, el derecho de comercializar bienes y servicios de otro empresario (franquiciante o franquiciador) de acuerdo a ciertas condiciones y practicas establecidas por el franquiciante o franquiciador y con la asistencia del mismo.

El franchising (vocablo sajón) se define como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de distribución y venta.³⁸

En términos más simples, una franquicia concierne a dos niveles de personas: el franquiciante o franquiciador, quién desarrolla el sistema y le presta su nombre o marca registrada al franquiciatario, quién adquiere el derecho de operar el negocio bajo el nombre o la marca registrada del franquiciante o franquiciador.

Los primeros antecedentes de esta relación comercial suelen situarse entre los años de 1850 y 1860 en los Estados Unidos de América, cuando I.M. Singer and Company creó el primer embrión de este contrato como medio para distribuir y vender sus maquinas de coser. Otro caso es el de Howard Johnson quién creó, en los años treinta, una cadena de 25 moteles. Las compañías petroleras y automovilísticas argumentan que sus distribuidores trabajan por medio de franquicias desde principios de siglo; pero en realidad las franquicias no obtuvieron el reconocimiento público sino hasta la década de 1950.³⁹

³⁸ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

³⁹ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

Sin embargo, el verdadero desarrollo de éste método de negocios se produce en los años de 1959 y 1960, cuando aparecen los gigantes o grandes empresas que expanden su área de negocios por medio de éste moderno sistema, tales como: Holiday Inn, Dunkin Donuts, Mc Donald's, Burger King, 7-Eleven, Kentucky Fried Chicken, etc.

4.2 Negocios que operan con Franquicia

Debido al éxito de las franquicias el número de negocios que utiliza este método para la comercialización y distribución de bienes y servicios es muy amplio, y día con día surgen diversos negocios de los más variados ramos que lo utilizan para expandirse.

A manera de ejemplo de las principales categorías de bienes y servicios que operan con este método, a continuación se presenta una lista publicada en la revista americana *Entrepreneur* del mes de Enero de 1994, la cual presenta la clase de negocios de diferentes franquiciantes que ofrecen franquicias a los particulares.⁴⁰

Franquicia	Número
1.- Agencias de Viaje:	10
2.- Artículos y Productos para el Hogar:	
restauración de muebles	6
diseño y elaboración de closets	3
alfombras y tapices	5
mueblerías	5

⁴⁰ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

cortinas y polarizado de vidrios	4
servicios y productos para la decoración	7

3.- Automóviles:

pintura y mantenimiento externo de automóviles	10
frenos, suspensiones, amortiguadores y mofles	9
cambios de aceite y lubricación	7
renta de automóviles (nuevos)	3
servicio de reparación de automóviles en general	4
llantas (cambio de llantas, alineación y balanceo)	4
reparación de transmisiones	9
afinación de Automóviles	7
renta de automóviles	3
reparación de parabrisas y limpiadores	4
productos varios para automóviles	7
servicios varios para automóviles	4

4.- Belleza y Salud:

cosméticos	12
cuidado del cabello	11
equipo para el cuidado de la salud	7
ópticas (servicios y productos)	8
centros y servicios para el control de peso	11

5.- Bienes Raíces: 17

6.- Comida Rápida:

bagels	5
rollos de canela	4
galletas	5
donas	9
pretzels	4

productos cocinados varios	6
helados, yogurts congelados y raspados	16
cafeterías y heladerías	4
pollo	11
comida rápida china	4
hamburguesas	14
hot-dogs	5
comida rápida italiana	4
comida rápida mexicana	9
sandwiches philadelphia	4
pizzas	32
papas fritas	3
sandwiches, sopas y ensaladas	15
jugos	3
sandwiches submarine	17
comida rápida varios	13

7.- Comida Venta al Menudeo:

dulces, palomitas y nueces	11
café y té	7
misceláneas y tiendas de autoservicio	7
productos para la salud y vitaminas	3
salchichonería	4

8.- Construcción:

servicio de construcción y remodelación	4
productos y servicios varios para la construcción	7

9.- Entretenimientos:

tiendas especializadas en golf	5
equipos y ropa deportiva	7
artículos deportivos para coleccionistas y de recuerdo	3
actividades para recreación	7

10.- Fotografías:

servicios de fotografía	6
video filmaciones	3
servicio de impresión y revelado	14

11.- Hoteles y Moteles:

12

12.- Mascotas:

cuidado de mascotas	4
productos para mascotas y animales en general	8

13.- Niños:

guarderías	5
programas para la salud y el desarrollo del niño	8
escuelas de computación	3
productos y servicios varios para niños	8

14.- Publicidad:

10

15.- Restaurantes:

hamburguesas	5
restaurantes familiares	9
comida italiana	6
comida mexicana	5
comida oriental	4
restaurantes especiales	12
especialidades en carnes	5
restaurantes varios	9

16.- Ropa y Accesorios:

ropa formal (de etiqueta) renta y venta	4
ropa variada y accesorios	5

17.- Servicios de Adiestramiento y Capacitación:

computación	3
ventas	4
varios	13

18.- Servicios de Mantenimiento:

limpieza de telas, tapices y alfombras	14
limpieza de oficinas y residencias	12
cuidado y servicio de jardinería	9
restauración de porcelana y mármol	8
limpieza de residencias	9
reparación de vinilo, plásticos, y piel	4
servicio y productos varios para mantenimiento	19

19.- Servicios Diversos:

servicios de cobro	4
servicios de presentación	4
lavanderías y tintorerías	8
servicios relativos al medio ambiente	4
servicios financieros y de impuestos	4
servicios personales	9
servicios de paquetería y envío	10
servicios de referencia y contratación	4
sistemas de seguridad	4
servicios varios	7

20.- Servicios Financieros y para Empresas:

contaduría, consultaría e impuestos	5
publicidad	4
sistemas de comunicación	4
servicios de mensajería	7
elaboración de letreros y rótulos	8
servicios financieros y empresariales múltiples	20

21.- Servicios para Empresas y Negocios:

agencias de empleos	7
agencias de colocación para ejecutivos	4
servicios médicos personales	8
servicios de contratación de personal temporal	13

22.- Ventas al Menudeo:

libros y cintas	4
regalos y flores	11
herramientas	5
artículos para fiestas	4
renta de videocasetes	5
productos varios	22

A esta clasificación tan detallada cabe añadir las diversas categorías más comunes de las franquicias que se han otorgado fuera de los Estados Unidos de América, por franquiciantes de este país. Esta clasificación fue publicada en una estadística del Departamento de Comercio de Estados Unidos.

apoyo y ayuda en negocios y servicio	(12%)
construcción, mantenimiento y servicios de limpieza	(5%)
restaurantes (de todo tipo)	(21%)
hoteles, moteles y campamentos	(2%)
viajes, diversiones y espectáculos	(1%)
renta de automóviles y tráileres	(19%)

lavanderías y tintorerías	(1%)
refacciones y servicios para automóviles	(7%)
venta al menudeo (diversos)	(11%)
productos y servicios para la educación, equipos y renta de varios	(15%)
venta de comida para llevar	(6%)

Durante los noventa las franquicias en México han tenido un importante crecimiento. Algunas de las razones de este crecimiento son: la abrogación de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, una apertura más favorable a la inversión extranjera, el fomento a la pequeña empresa, y medios de financiamiento más ágiles, algunos de ellos enfocados a las franquicias y a la pequeña y mediana empresa.⁴¹

En cuanto al origen de las franquicias que operan en México, las empresas con franquiciantes de Estados Unidos de América representan cerca del 49%, empresas con franquiciantes de México, aproximadamente el 46%, con origen francés el 2%, de origen español el 1% y de otros países el 1%.

Los franquiciatarios están localizados principalmente en las grandes ciudades de la República Mexicana. En la ciudad de México se concentra cerca del 60% de los establecimientos; en Monterrey el 20%, en Guadalajara el 10% y el último 10% se encuentra distribuido en el resto de país. Los montos de inversión en franquicias son variables, dependiendo del tipo de negocio u objeto de la franquicia. Además, en México, se ha constituido la Asociación Mexicana de Franquicias y existe una oficina del Centro Internacional de Franquicias.

4.3 Características de la Franquicia

La franquicia aparece en economías desarrolladas en donde existe producción de bienes y servicios en forma masiva, a gran escala y en la que los consumidores de estas mercancías y servicios exigen uniformidad en los bienes demandados.

⁴¹ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

Tres características básicas son las que determinan si un negocio es una franquicia, y son:

- 1) El empleo de una marca o nombre registrado.
- 2) El pago de derechos o regalías.
- 3) La uniformidad.

1) El empleo de una marca o nombre registrado. La marca en la franquicia es de suma importancia, ya que sin ella no podríamos hablar de una franquicia, ya que esta constituye un elemento esencial del contrato de franquicia. La marca es justamente la que logra el reconocimiento y la reputación de la organización franquiciada; es una indicación de la calidad del producto, bien o servicio ofrecido.⁴²

En términos generales marca es una palabra, un dibujo o la combinación de estos dos elementos, que sirve para identificar o distinguir los productos y servicios de un comerciante o un fabricante de los de sus competidores, actualmente las marcas se encuentran protegidas por la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, la cual en su artículo 88 establece que, se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicios de una misma especie o clase en el mercado.

La marca cumple un doble propósito, el primero es permitir distinguir los productos o servicios de los de un competidor, y por lo tanto posibilita al franquiciante para conservar su crédito y orientar la elección del público hacia los artículos que elabora o elaboran sus franquiciatarios; el segundo propósito es que la marca constituye una garantía para los consumidores, quienes pueden obtener el tipo y la calidad de mercancías y servicios que desean obtener, y que les merecen confianza, tanto por la uniformidad del producto y por la calidad de los servicios como por el precio, así como por sus experiencias personales anteriores con relación a las mercancías y a su prestigio, a los servicios y eficacia. Las marcas aportan a la mercancía una individualidad y hacen posible reconocer ese producto entre los elaborados por otros competidores.

⁴² Matusky Gregory y S. Raab Steven. Franquicias, Como Multiplicar su Negocio. Edit. Limusa, S.A. de C.V., México, D.F. 1994.

Por lo anteriormente mencionado, el contrato de franquicia debe contener todas las disposiciones que aseguren al titular de la marca de posibles violaciones o usos indebidos de la misma.

2) El pago de derechos o regalías. El segundo elemento que determina si un determinado negocio es o no una franquicia, es precisamente el pago de una cuota por el derecho de vender los productos o servicios de alguna franquicia. Este cargo generalmente es una cuota inicial de entrada, además del pago de derechos o regalías pagaderas mensualmente, o bien a los plazos que hayan pactado las partes, mismas que generalmente están ligadas a los resultados de la operación del negocio franquiciado.⁴³

Las regalías constituyen la contraprestación que el franquiciatario ha de pagar al franquiciante por el uso de las marcas y/o nombres comerciales, así como por la tecnología recibida.

A fin de señalar los diferentes conceptos de pagos del franquiciatario al franquiciador, se enlistan los siguientes:

a) Pagos Iniciales:

I.- derechos de franquicia (franchise fee), que es el pago inicial a la firma del contrato, y que generalmente es cubierto en el momento de la firma del contrato y que constituye la contraprestación por el otorgamiento de la franquicia.

II.- desarrollo de la franquicia, franquicia de área.

III.- entrenamiento.

IV.- aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio.

V.- diseño arquitectónico.

⁴³ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

b) Pagos Periódicos:

I.- regalías (el pago de las mismas podrá ser una cantidad fija predeterminada o bien un porcentaje sobre las ventas realizadas y las cuales generalmente están ligadas a los resultados de la operación de negocio franquiciado).

II.- por servicios diversos.

III.- contribución de publicidad y mercadotecnia.

IV.- cargos por servicios especiales como contabilidad, servicio de computación, preparación de facturas, financiamiento, entrenamiento, consultoría, asistencia técnica especializada.

c) Pago de Renta:

I.- del inmueble.

II.- equipo, instalaciones, anuncios, señales.

d) Pagos por Ventas de:

I.- equipo, instalaciones, anuncios, señales.

II.- producto terminado que vende el franquiciatario al cliente.

III.- materia prima, materiales, ingredientes que utiliza el franquiciatario.

IV.- servicios de distribución y comisiones a agentes de ventas.

V.- material de publicidad.

e) Comisiones a Terceros Proveedores del Franquiciatario.

f) Intereses por Préstamos al Franquiciatario.

3) La uniformidad. Se considera que un negocio es una franquicia si reúne los dos requisitos anteriores y además se ejerce cierto control o se proporciona asesoría o servicios para producir o vender bienes o prestar servicios de una manera uniforme para mantener el reconocimiento y reputación de la franquicia.

El concepto de uniformidad del producto o servicio, o de estandarización, está íntimamente ligado al concepto de la marca y al nombre comercial, pues por esta el consumidor conoce anticipadamente la calidad del producto o servicio que va a adquirir. Esta uniformidad, unida al control de calidad y a una producción en gran escala, es un típico resultado de las economías desarrolladas del siglo veinte.⁴⁴

La falta de uniformidad impide crecer al sistema de franquicias además de dañar la imagen y reputación de la franquicia.

4.4 Clases de Franquicia

Existen tres clases de franquicias; a saber, franquicias con formato de negocio, franquicias de productos o de marcas registradas y franquicias por conversión.

1) Franquicias con formato de negocio; la clase de franquicias más conocida es la franquicia con formato de negocio. En este caso, una compañía desarrolla un sistema o método de operación para la comercialización de productos o servicios, y la marca registrada identifica a todas las partes de ese sistema o método. El nombre identifica mas que nada, la forma en que se ofrece o proporciona un servicio.⁴⁵

⁴⁴ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

⁴⁵ Matusky Gregory y S. Raab Steven. Op. Cit.

Para que exista una franquicia con formato de negocio, además de la relación entre franquiciante y franquiciatario en la que el franquiciante ofrece al franquiciatario proporcionar un producto o servicio y una marca, debe ofrecerle un sistema completo de negocios, el cual debe abarcar un sistema de comercialización, manuales de operación, procedimientos, programas de entrenamiento, apoyo de publicidad, asistencia y todo aquello que ayude al buen funcionamiento de la franquicia.

En esta clase de franquicias se engloban los tres elementos básicos de una franquicia (el empleo de una marca o nombre registrado, el pago de derechos o regalías y el suministro de servicios).

Esta clase de franquicias es la más desarrollada y es sin duda la más importante dentro de las franquicias internacionales, en la cual se da una relación muy estrecha entre las partes.

2) Franquicias de productos o de marcas registradas; esta clase de franquicias se usa por primera vez en la década de 1800 y se sigue empleando principalmente entre los distribuidores de automóviles, industria de refrescos embotellados y otros.

Se entiende que existe una franquicia de productos o de marca registrada cuando el franquiciante además de obtener el uso y explotación de un nombre comercial o marca, adquiere cierta identidad con su proveedor de los productos o servicios que maneje, el cual no puede ser otro más que el franquiciante; dicha identidad se refiere a que el franquiciatario no obtiene ninguna posibilidad de obtener sus materias primas para el buen manejo de la franquicia si no es a través del franquiciante.⁴⁶

Bajo una franquicia de producto o de marca, el nombre del negocio y del producto es el mismo, y el consumidor lo percibe de esa forma; por ejemplo, Coca-Cola vende concesiones a franquiciatarios regionales que mezclan azúcar,

⁴⁶ Matusky Gregory y S. Raab Steven. Op. Cit.

agua gaseosa y concentrado, lo embotellan y lo distribuyen dentro de ciertas áreas específicas. El nombre del producto final se refiere tanto al refresco como al negocio.

Se considera a este tipo de franquicias como de primera generación en virtud de la limitada información y conocimiento que el franquiciante le otorga al franquiciado o franquiciatario, además de que no se alcanzan a otorgar todos los elementos básicos de una franquicia como en el caso de la franquicia con formato de negocio, por lo cual se espera una disminución en la expansión de esta clase de franquicias.

3) Franquicias por conversión; que no son más que una derivación de la franquicia con formato de negocio. En este tipo de franquicias los negocios parecen ser idénticos a las compañías con formato de negocio, pero difieren en un aspecto muy importante: Su objetivo son los negocios independientes que ya se encuentran en operación; es decir se trata de incluir dentro de un sistema de franquicia a un negocio que ya existe.⁴⁷

4.5 Ventajas de la Franquicia

La apertura de una franquicia no es para todos, para tener éxito hace falta un compromiso muy serio; pero una vez que se adquiere ese compromiso la franquicia proporciona muchas ventajas que ningún otro negocio puede proporcionar, tales como:⁴⁸

Crecimiento y Desarrollo.- El otorgamiento de franquicias permite a los negocios crecer con mayor rapidez que de cualquier otra manera. Este sistema de comercialización permite a las compañías pequeñas expandirse más allá de sus mercados locales y regionales. Convierte en gigantes a compañías de tamaño mediano. El otorgamiento de franquicias es un medio comprobado para crecer al

⁴⁷ Matusky Gregory y S. Raab Steven. Op. Cit.

⁴⁸ Matusky Gregory y S. Raab Steven. Op. Cit.

que pocos sistemas de negocios pueden equipararse, además de que brinda a las compañías las herramientas necesarias para el crecimiento y desarrollo del negocio. Las cuotas iniciales por franquicia generan ingresos que pueden regresar a la matriz de la franquicia y emplearse para inversión, diversificación, mercadotecnia, publicidad, investigación, desarrollo y otras funciones más, mismas que son esenciales para el desarrollo y éxito en los mercados de hoy.

Mano de obra comprometida y leal.- El otorgamiento de franquicias garantiza la energía, el talento y la ambición de personas que, por sus instintos empresariales, no se lograría contratar en otras circunstancias. El otorgamiento de franquicias es una fórmula increíble para atraer personas competentes y entusiastas a una organización. Los franquiciatarios representan una fuerza de trabajo leal y comprometida. Su inversión no solo es económica sino también en dedicación, deseos de superación e ideas para bien del negocio. Esta ventaja libera al franquiciador de muchas responsabilidades de supervisión directa y disminuye los costos de administración, además de que la supervisión directa del negocio se delega en los propios franquiciatarios.

Diseminación de los riesgos.- Por cada nueva tienda o unidad que una compañía abre, se invierten recursos financieros y humanos y esa inversión tiene un riesgo. En caso de fracasar, la compañía se arriesga a perder tiempo, energía, dinero y participación del mercado, sin hablar de las demás responsabilidades del caso. En cambio, en una compañía de franquicias el riesgo del franquiciador disminuye, porque los franquiciatarios cargan con el 100% de las responsabilidades financieras de cada nueva unidad. Los franquiciatarios firman los contratos de arrendamiento de sus locales y son responsables ante sus arrendadores. Ellos corren con los desembolsos por inventarios, remodelación, promoción por inauguración, contratación de personal y demás costos de arranque. De esa manera, si la unidad quiebra, sus acreedores no podrán irse en contra del franquiciador. El axioma de que los franquiciatarios están en el negocio por sí solos pero no a solas no se aplica a la insolvencia financiera. Esto quiere decir que, financieramente hablando, los franquiciatarios corren totalmente por su cuenta. El franquiciador no tiene la más mínima responsabilidad financiera si el franquiciario quiebra. Por lo tanto, al transferir el riesgo de las unidades individuales a los franquiciatarios, el franquiciador crea una situación de triunfo ya que disminuye su responsabilidad financiera sin perder su potencial de crecimiento y expansión. Generalmente un franquiciador nunca deja de ayudar a

un franquiciatario en apuros, siempre le brinda el tiempo adicional que algunos necesitan para salir adelante, ya que con esto fomenta el éxito de su franquiciatario y el suyo propio.

Publicidad amplia y global.- Causar una impresión en el público a fin de convertirlos en clientes potenciales cuesta mucho dinero, y para que esos clientes potenciales se conviertan en consumidores hace falta llegar a millones de personas, hablarles con claridad y en forma convincente y con la frecuencia necesaria para que los consumidores reconozcan sus productos o servicios. La publicidad requerida no está al alcance de todos los negocios, ya que el anunciar un negocio en prensa, radio o televisión resulta muy oneroso, pero las franquicias resuelven este problema reuniendo un fondo con dinero de los franquiciatarios y con él financian programas publicitarios regionales o nacionales, lo cual hace que un mayor número de personas conozca sus productos o servicios. Generalmente los franquiciatarios aportan un tanto por ciento de sus ventas brutas o bien aportan cantidades fijas para financiar su publicidad.

El otorgamiento de franquicias permite a las compañías ampliarse con rapidez así como financiar una parte de ese crecimiento con dinero de terceros. Como ningún otro, este sistema de mercadotecnia proporciona al propietario del negocio los recursos económicos necesarios para expandirlo a un ritmo que de otra manera le sería imposible alcanzar. Al concentrarse en la propiedad independiente de las unidades, el otorgamiento de franquicias le permite soslayar los costos de abrir nuevas unidades y le proporciona una fuente adicional de capital difícil de conseguir. Le brinda el dinero y el personal indispensables para explotar mercados distantes que de otra manera quedarían fuera de su alcance. El otorgamiento de franquicias ofrece a los empresarios pequeños y faltos de capital la posibilidad de triunfar a nivel nacional. Puede convertir compañías locales y chicas en fuerzas regionales. Permite que negocios medianos compitan a nivel nacional. El otorgamiento de franquicias ayuda a las grandes empresas a desarrollar los mercados nacionales, así como los internacionales.

Las ventajas que la relación de franquicia produce para las dos partes contratantes explican, en cierto modo, el éxito de este tipo de negocios y su proyección mundial.

CAPITULO V

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

5.1 Concepto

Si bien es cierto que el artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial no da un concepto o definición de contrato de franquicia, determina claramente las características del mismo. Este artículo establece en su primer párrafo lo siguiente: "Habrá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o de servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca(s) y nombre(s) comercial(es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación".

Cabe aclarar antes de dar cualquier concepto de contrato de franquicia que debemos hacer una definición entre la franquicia y el contrato de franquicia, en virtud de que al primero se ve desde el punto de vista meramente económico y al segundo desde el punto de vista jurídico.

La franquicia es "un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquiciatario) se le concede a cambio de una contraprestación el derecho a comercializar bienes y servicios de otro (franquiciante) de acuerdo a ciertas condiciones y prácticas establecidas por el mismo y con su asistencia".

El contrato de franquicia es el documento que nos da las bases del tipo de relaciones existentes entre el franquiciante y franquiciatario, mostrando el papel que le corresponde a cada uno de ellos en el desarrollo del negocio, sus responsabilidades, sus derechos y obligaciones.

Cardelus lo define como: "Un contrato mercantil atípico y sinalagmático, por el cual una de las partes, franquiciante, cede a la otra, franquiciado, un producto, unos conocimientos técnicos para la explotación de aquél y un asesoramiento constante y, en contraprestación, percibe del franquiciado un precio inicial mas un porcentaje sobre sus ventas, o solo esto último".

Javier Arce Gargollo propone la definición que considero mas acertada y completa de contrato de franquicia, al definirlo como: "Aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o de servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca(s) y nombre(s) comercial(es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación".⁴⁹

5.2 Clasificación

Atendiendo a la clasificación de los contratos que hace el Código Civil, el contrato de franquicia se clasifica de la siguiente forma:

a) Bilateral; ya que las partes se obligan recíprocamente (Art. 1836 del Código Civil), toda vez que el franquiciante se obliga a transmitir conocimientos técnicos o asistencia técnica, así como el derecho de usar la marca de su propiedad al franquiciatario, para que este último pueda producir o vender bienes o prestar servicios y por dicha transmisión el franquiciatario se obliga con el franquiciante a pagar determinada cantidad de dinero que puede consistir en un pago inicial y a veces en ciertas regalías.

b) Oneroso; ya que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos (Art. 1837 del Código Civil), dichos provechos para el franquiciante consisten en que

⁴⁹ Arce Gargollo Javier. El Contrato de Franquicia.
Editorial Themis, S.A. de C.V. México, D.F. 1995.

recibe ciertas regalías por parte del franquiciante, asimismo sus gravámenes van a consistir en proporcionar al franquiciatario todo un sistema completo a fin de que opere exitosamente la franquicia

Por otro, los provechos para el franquiciatario es la obtención de un sistema, así como el prestigio y nombre de una marca que le va a franquiciar el franquiciante, y sus gravámenes consisten en las regalías, tanto la inicial como las periódicas que tiene que pagar para que le proporcionen todos los elementos a fin de que su franquicia funcione correctamente.

c) Oneroso aleatorio; cuando el pago de regalías esta basado en un porcentaje de las ventas que se realicen en un tiempo determinado como puede ser mensual, semestral, anual, etc. Y dicho acontecimiento es incierto, lo cual impide hacer la evaluación de las ganancias o pérdidas, sólo hasta que se haga la realización de dicho acontecimiento, como es el caso de la compañía "Domino's Pizza" en la que el franquiciatario debe pagar al franquiciante por concepto de regalías el 6.5% de sus utilidades, las cuales son inciertas.

d) Oneroso conmutativo; cuando en el pago de las regalías se fija un monto determinado, como en el caso de la empresa mexicana "Helados Holanda", donde solamente se paga una regalía inicial, que puede variar de cinco a veinte mil dólares.

e) Real; ya que se perfecciona con la entrega de la transferencia de tecnología, así como el derecho de usar las marcas y patentes, y el pago convenido.

f) Principal; por que no necesita celebrarse otro para producir sus efectos en el campo jurídico.

g) De Tracto Sucesivo; en virtud de que el pago de las regalías se pagan posteriormente, y el asesoramiento se proporciona periódicamente.

h) Atípico; en lo que a nuestro derecho se refiere, dado que su contenido no ha sido regulado por el legislador, en virtud de que no existen normas legales que disciplinen su contenido, por lo que el mismo puede celebrarse libremente por la voluntad de las partes.

i) Mercantil; tanto por el carácter empresarial de los contratantes, como por el objeto del mismo, toda vez que el franquiciante y el franquiciatario pueden ser personas físicas o morales que tienen por objeto celebrar actos de comercio, por lo que el contrato de franquicia siempre será mercantil.

j) Mixto; por que de hecho sus elementos esenciales están regulados por diversas especies típicas de contratos.

Javier Arce Gargollo clasifica el contrato de franquicia de la siguiente manera:⁵⁰

a) Mercantil; ya que se celebra entre comerciantes para explotar una empresa o para distribuir y revender productos (artículos 75 fracciones I, II, y V a VIII del Código de Comercio).

b) Bilateral; porque produce obligaciones para las dos partes contratantes (artículo 1836 del Código Civil).

c) Oneroso; por que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos (artículo 1837 del Código Civil).

d) De Colaboración; conforme a una clasificación de los contratos mercantiles, "en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra".

⁵⁰ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

e) Intuitu personae; pues se celebra en base a las características personales de las partes sobre la base de la confianza.

f) Formal; en cuanto que requiere celebrarse por escrito e inscribirse en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para producir efectos en perjuicio de terceros de conformidad con el artículo 136 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial.

g) De Plazo Largo o de Tracto Sucesivo; ya que sus prestaciones se cumplen en el tiempo.

h) Generalmente de Adhesión; pues una de las partes (franquiciante) elabora unilateralmente las cláusulas del contrato y a la otra sólo se le deja la posibilidad de aceptarlas, si quiere celebrar el contrato o no celebrar éste.

i) Atípico; porque no esta regulado en la legislación mexicana en cuanto a la relación de Derecho Privado entre las partes contratantes. La regulación de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial es únicamente de carácter administrativo y registral.

5.3 Figuras Afines

El contrato de franquicia se asemeja al contrato de concesión mercantil o distribución y a la concesión administrativa.

A continuación analizaremos los contratos mencionados, mismos que pudieran llegar a confundirse con el contrato de franquicia. No pretendo hacer un estudio exhaustivo de los mismos, sino solamente dejar asentadas algunas de sus características que les son comunes con el contrato de franquicia y aquellas otras que les son diferentes.

El Contrato de Distribución.

El contrato de distribución es aquel por el cual el distribuidor se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor en los términos y condiciones de reventa que éste le señale; también podrá imponerle obligaciones sobre la organización del negocio.⁵¹

También dicho contrato se ha definido como el contrato por el cual un empresario (concesionario) se compromete a revender en una zona y en unas determinadas condiciones los productos que compra a otro (concedente) y a prestar a los adquirentes de estos productos determinada asistencia.

En cuanto a sus elementos el Contrato de Distribución es similar y se distingue del Contrato de Franquicia, por las siguientes causas:

A) Es similar en virtud de que:

a) El fabricante puede transmitir en uso al distribuidor marcas y know-how, para que este revenda los productos.

b) Puede establecerse un lugar específico en el que el distribuidor tenga que explotar la distribución.

c) Puede limitarse a un cierto tiempo determinado.

B) Se distingue en que:

a) Mientras que en este contrato el objetivo principal es la compra y reventa de determinados productos, en el Contrato de Franquicia es la transmisión del derecho de uso de marcas y del Know How, para producción o venta de

⁵¹ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

determinados productos o para la prestación de determinados servicios. En algunos casos también trae implícita la distribución de determinados productos, pero no con carácter principal, sino con carácter secundario; el franquiciatario adquiere siempre el uso de la marca del franquiciante pero no necesariamente los productos. Asimismo el Contrato de Franquicia no se limita a la venta de productos, sino que puede referirse a la producción de estos o a la prestación de determinados servicios.

El franquiciatario opera bajo la imagen corporativa del franquiciante, es decir, bajo su marca, cosa que en el Contrato de Distribución no sucede. Puede suceder que los productos que adquiere el distribuidor para su reventa, estén relacionados con una marca propiedad del fabricante; sin embargo, hay que distinguir el que la marca sea el producto y el que la marca sea la del negocio, como sucede en el Contrato de Franquicia.

b) En el Contrato de Franquicia, es elemento esencial que se determine el lugar en donde se ha de explotar el negocio franquiciado, lo que es accidental en el Contrato de Distribución.

c) Asimismo se distingue en la contraprestación, ya que en el Contrato de Distribución se reduce el precio que por las cosas adquiridas paga el distribuidor al fabricante, estando beneficiado el distribuidor pues el fabricante se las vende con un descuento determinado.

Por su clasificación encontramos las siguientes similitudes y diferencias con el Contrato de Franquicia:

a) Se asemejan en razón de que el Contrato de Distribución es mercantil, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y atípico.

b) Se distinguen, bajo este mismo criterio, en que el Contrato de Distribución es consensual, traslativo de dominio y en muchas ocasiones de adhesión, mientras que el Contrato de Franquicia es traslativo de uso y en el que existe libertad contractual.

Por sus efectos son afines y se distinguen por las siguientes razones.

A) Son afines ya que:

a) El distribuidor es un comerciante independiente y de entidad distinta del productor, al igual que lo es el franquiciatario respecto del franquiciante.

b) El distribuidor adquiere los productos del fabricante y los comercializa y revende por cuenta y nombre propio, situación que, como ya se dijo, puede presentarse en el Contrato de Franquicia.

c) El fabricante impone al distribuidor los términos y condiciones para la comercialización y reventa de los productos.

d) El fabricante tiene generalmente algunas facultades para marcar directrices y supervisar la labor del distribuidor.

e) Puede contener el pacto de exclusividad en favor del distribuidor, del fabricante o de ambos, por una zona o producto determinado.

f) El distribuidor queda obligado a hacer uso de la marca en los productos objeto del contrato, en los términos que el empresario le señale.

g) Igualmente se asemejan los contratos en comento en razón de que en el Contrato de Distribución, puede pactarse que el distribuidor deba seguir los sistemas de publicidad del empresario, contribuir a los gastos de propaganda de los productos, dar garantías y servicios de posventa a los clientes de los productos.

h) Por otro lado el distribuidor al igual que el franquiciatario puede quedar obligado a cumplir con las instrucciones de su contraparte, respecto de la organización del negocio, aceptando los sistemas administrativos, contables y

financieros establecidos por dicha contraparte. Además existe con frecuencia la obligación de enviar la información contable al empresario o franquiciante, en su caso, y el derecho de verificación de dicha información.

B) Se distinguen en virtud de que:

a) En el Contrato de Franquicia no solamente se imponen al franquiciatario los términos y condiciones para la comercialización y reventa de los productos, sino que el franquiciante capacita y asiste al franquiciatario en la comercialización y reventa de los productos, lo prevé de un sistema de administración prescrito por este y le proporciona los manuales operativos.

b) Mientras en el Contrato de Distribución es accidental el que el fabricante pueda marcar ciertas directrices y supervisar el trabajo del distribuidor u obligarlo a tener determinados inventarios de mercancía y equipo, dar servicio de posventa y prestar determinadas garantías a los clientes, o seguir determinados sistemas de publicidad y propaganda así como a contribuir en los gastos de ésta, en el Contrato de Franquicia es esencial esta facultad, pues su objetivo es lograr la uniformidad en la venta de los productos o en la prestación de los servicios que se ofrecen bajo su marca a través de los franquiciatarios.

Por último, el Contrato de Distribución es similar al Contrato de Franquicia por las formas esenciales en que estos contratos pueden terminarse con anticipación a su vigencia. En efecto, tanto el Contrato de Franquicia como el de Distribución pueden terminarse por la muerte o inhabilitación del distribuidor o del franquiciatario, en su caso, y otras comúnmente pactadas por las partes como la quiebra, suspensión de pagos e insolvencia del distribuidor o franquiciatario, la fusión de la sociedad, el cambio de socios o accionistas y el cambio de administradores, la huelga por un plazo importante, etc. Se distinguen conforme a este criterio, en que el Contrato de Distribución trae implícita la facultad del empresario de denunciar unilateralmente el contrato; en cambio en el Contrato de Franquicia esta facultad no existe, ya que como mencionamos con anterioridad, el plazo en el Contrato de Franquicia se establece a favor de ambas partes. En la práctica suelen establecerse algunas causales por las que el franquiciante puede denunciar el contrato, con determinados requisitos para ejercer ese derecho.

Respecto a las normas supletorias aplicables a este contrato atípico tenemos a las de la compraventa mercantil, en relación con la adquisición y entrega de los productos; en lo que toca a la imposición de las condiciones de reventa que el distribuidor recibe del empresario son aplicables las normas de la comisión y del mandato, para el caso de que las del negocio mercantil sean insuficientes. De la misma forma son aplicables supletoriamente al Contrato de Franquicia esas normas.

El Contrato de Agencia.

El contrato de agencia “es aquel por el cual un empresario de manera permanente, mediante una remuneración y con una cierta independencia, asume el encargo de preparar o realizar contratos mercantiles por cuenta de otro empresario”. Algunos autores incluyen dentro de la definición la limitación a una zona determinada.⁵²

De la definición antes citada se desprende que el Contrato de Agencia, por si mismo, no tiene ningún parecido trascendente con el Contrato de Franquicia ya que pertenece al género de los contratos de gestión por interés ajeno, como lo son igualmente el mandato, el contrato de comisión y de corretaje. En estos contratos, los efectos de los actos jurídicos realizados por el agente, mandante, comisionista y corredor respectivamente, van a recaer en el patrimonio de la persona por cuenta de quien se realiza, recibiendo a cambio una remuneración, salvo que se pacte en contrario en el mandato y la comisión, cosa muy diferente de lo que sucede en el contrato de franquicia, donde el franquiciante realiza los actos a nombre y por cuenta propia, sin que el franquiciante este obligado a remunerarle, sino todo lo contrario, el franquiciatario debe de remunerar al franquiciante por usar su marca y su know how, con las regalías periódicas pactadas.

Sin embargo, este contrato puede llegar a tener algunas modalidades, entre las que se encuentran las de distribución.

⁵² Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

Siguiendo a Arce Gargollo, observamos que es usual que en los contratos de agencia se ceda al agente el derecho de adquirir del empresario las mercancías objeto del contrato. El agente no pierde su carácter y puede a su elección, pedir al empresario que le venda la mercancía bajo ciertas condiciones de beneficio. El agente que adquiere para revender por cuenta propia se convierte respecto de esa relación, en un distribuidor y, por lo tanto, el empresario puede acordar ciertas obligaciones del agente-distribuidor propias de la función que desarrolla.

Como ejemplo de estos deberes podemos considerar el imponer las condiciones de reventa, precios, descuentos, plazos u otros.

En el supuesto de que llegare a presentarse este contrato con esta modalidad, entonces si es conveniente que distingamos el contrato de agencia del contrato de franquicia.

1.- Por sus elementos el Contrato de Agencia tiene las siguientes diferencias del Contrato de Franquicia, ya que carece de similitudes bajo este criterio:

a) Los elementos reales del Contrato de Agencia son la actividad del agente y la retribución que percibe por dicha actividad; en el Contrato de Franquicia la tecnología propia para la explotación de una empresa de productos o servicios o para distribución de mercancía, constituye uno de los elementos reales preponderantes del mismo, aunado a que la contraprestación en la franquicia es pagada por el franquiciatario, que en este contrato se asemeja al agente y no por el empresario, que en este contrato se asemeja al franquiciante.

2.- Por su clasificación guarda las siguientes similitudes y diferencias:

a) Es similar al Contrato de Franquicia ya que el Contrato de Agencia es de carácter mercantil, es bilateral, oneroso, conmutativo y atípico.

b) Se distingue del contrato de franquicia, pues es un contrato consensual, de trabajo de gestión y preparativo.

3.- Por sus efectos el Contrato de Agencia se asemeja y se distingue en lo siguiente:

A) Es similar al Contrato de Franquicia en virtud de que:

a) El agente es un comerciante independiente, no es un empleado del empresario; igualmente se dice del franquiciatario respecto del franquiciante, y que funge como intermediario entre la empresa que produce o distribuye los productos y el público consumidor.

b) El empresario tiene la obligación de facilitar al agente los elementos para el desarrollo de su actividad, como catálogos, lista de precios, descuentos, asistencia para el conocimiento del producto o de técnicas de venta, los servicios de posventa y ayuda publicitaria, asesoría comercial en general, etc.; esta obligación también se encuentra en el Contrato de Franquicia, estando a cargo del franquiciante darle cumplimiento.

c) Suele pactarse la exclusividad para determinada zona o territorio, en beneficio del agente, del empresario o de ambos.

d) El empresario esta facultado, cuando así se pacta, para inspeccionar y conocer la contabilidad y administración del agente.

B) Se distingue en que:

a) El agente actúa por regla general en interés del empresario y sólo en interés propio respecto de los productos que adquiere en carácter de distribuidor.

b) El franquiciatario opera el negocio bajo la imagen corporativa del franquiciante, es decir, bajo su marca, situación que no sucede en el Contrato de Agencia.

c) El franquiciatario debe operar su negocio en la forma prescrita por el franquiciante, el agente realiza su actividad conforme a su destreza.

d) El franquiciante puede intervenir en la contabilidad y la administración del negocio del franquiciatario, pero con distinta finalidad a la que en el Contrato de Agencia tiene el empresario al ejercer esta facultad, es decir, que mientras en el Contrato de Franquicia la finalidad es la de comprobar el correcto pago de regalías, en el contrato de agencia el objetivo es comprobar que las comisiones que paga el empresario al agente, corresponden a operaciones efectivamente concluidas.

4.- Por último, veremos las similitudes que existen en el contrato de agencia y el contrato de franquicia en razón de las causas especiales por las que pueden darse por terminados con anticipación con expiración de su vigencia, como la muerte o inhabilitación del agente, y otras comúnmente pactadas por las partes como la quiebra, suspensión de pagos, insolvencia del agente, la fusión de la sociedad, el cambio de socios o accionistas y el cambio de administradores, la huelga por un plazo importante, etc.

En virtud de que el contrato de agencia es de carácter atípico, supletoriamente resultan aplicables al mismo en el orden siguiente, las normas jurídicas de la comisión, por la mercantilidad de la relación; las del mandato, como contrato de gestión de intereses ajenos y por último las del contrato de prestación de servicios, por ciertas obligaciones que el de agencia produce asimilables a esta figura. Para el caso del Contrato de Franquicia pueden resultarle aplicables algunas de las normas de la comisión, como por ejemplo:

I.- La de respetar las instrucciones del comitente en la ejecución de lo mandado, supletoriamente aplicable a la obligación del franquiciatario de vender los productos o prestar los servicios, conforme a los métodos del franquiciante.

II.- Las prohibiciones que tiene el comisionista de delegar los encargos y alterar las marcas de los efectos vendidos o comprados por cuenta ajena, supletoriamente aplicables a las obligaciones que tiene el franquiciatario de usar la marca del franquiciante como se le indica, sin alterarla o modificarla, así como a la prohibición de delegar en otra persona la operación de la franquicia.

5.4 Elementos Personales

Como elementos personales del contrato de franquicia son apropiados los términos de: franquiciante y franquiciatario o los de licenciante y licenciatario, pues la franquicia es una licencia de uso de marca.

El franquiciante y el franquiciatario generalmente son comerciantes. Esta característica puede derivar de que estén constituidos bajo alguna de las formas de sociedad mercantil que previene la Ley General de Sociedades Mercantiles; de que sean personas físicas que se dediquen habitualmente a los actos previstos como comerciales (Art. 75 del Código de Comercio); o que la celebración de la franquicia los convierta en comerciantes, pues el objeto del contrato es la licencia de uso de marca y la transferencia de tecnología para explotar una empresa de productos o servicios o crear distribuidores para la reventa de productos. En algunas ocasiones será usual encontrar que el franquiciante es una persona (física o moral) extranjera y en ese caso debe determinarse cómo actúa en México, de dónde proviene la tecnología, cómo se pagan las regalías; o si tiene inversiones en México el apego de ellas a la Ley de Inversión Extranjera.

La capacidad que requieren las partes para celebrar el contrato es la capacidad general para contratar, pues no se requiere capacidad especial alguna.

Cuando las partes actúan por medio de representante, lo cual resulta necesario para las personas morales, las facultades que requiere el representante son, en principio, las de actos de administración conforme a la clasificación general para actos de carácter patrimonial (dominio, administración, pleitos y cobranzas) que previene el artículo 2554 del Código Civil. Los órganos sociales tienen por su nombramiento facultades para realizar el fin social, esto incluye las de administración, propias para celebrar la franquicia. En una sociedad anónima, como la sociedad preponderante y la que contiene en la legislación mexicana la normativa más desarrollada, puede celebrar el contrato de franquicia el consejo de administración, el administrador único, el gerente (o director) general y los apoderados generales para actos de administración.⁵³

⁵³ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

5.5 Elementos Reales

Como elementos reales del contrato de franquicia tenemos los siguientes:

a) La marca; que “es el signo visible que distingue productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado”.

La Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial regula las marcas como signos distintivos de productos o servicios (Art. 88), que dan derecho al titular a un uso exclusivo. La marca debe usarse a efecto de que no se extinga, es decir, debe tener un uso que hace el titular, por sí mismo o por medio de “usuarios autorizados” (Art. 141).

El contrato de franquicia deberá incluir las marcas de productos y servicios que serán materia de autorización por parte del licenciante, con la especificación del número de registro de la marca, el signo distintivo que constituye la marca y los productos o servicios que ampara. Es usual que en un anexo de contrato se incluyan estos elementos: “identificación genérica, número de registro y dibujos de las marcas con sus diseños”. Nada impide incluir marcas no registradas, que técnicamente no son marcas, pero que pueden estar en proceso de registro.

b) Las patentes; la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial contiene una amplia regulación de las patentes y aunque no da una definición de la misma, si establece que el derecho de explotación exclusiva puede hacerlo su titular por sí o por otros con su permiso (Art. 62 y 63). Para efectos de la franquicia, la patente no es necesariamente objeto del contrato, sino que sólo se da en aquellos casos en que el franquiciante, en la explotación del negocio objeto de la franquicia, tiene el proceso de fabricación, manufactura o el producto correspondiente, protegido por alguna o algunas patentes que requieren que se autorice el uso para los franquiciatarios.

Cuando el contrato de franquicia incluye la autorización de explotación de una o varias patentes, las patentes deben identificarse en el contrato con su

número, fecha de expiración y el o los inventos, procesos o productos que ampara. Generalmente esta descripción se agrega en un anexo.

c) La tecnología propia para la explotación de una empresa de productos o servicios o para distribución de mercancía, constituye uno de los elementos reales preponderantes del contrato de franquicia.

Dicha tecnología debe estar referida a la explotación de una empresa o negociación mercantil concreta y esta 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.

d) El nombre comercial; que es el nombre de un establecimiento o de una negociación mercantil. El artículo 105 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial establece que: "El nombre comercial de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios y el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos, sin necesidad de registro".

El aviso comercial es el derecho exclusivo a usar "frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones industriales, comerciales o de servicios, e impedir que otras personas hagan uso de los mismos para distinguirlas fácilmente de las de su especie" (Art. 100 de la ley antes mencionada).

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

e) La asistencia técnica; que es el flujo continuo de instrucciones, directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado. Esta asistencia supone para el franquiciante una obligación de hacer, que debe cumplirse durante la vigencia del

contrato; es decir, es de tracto sucesivo, además ayuda a iniciar la operación y asistir en la solución de los problemas de producción o prestación del servicio.

Dicha asistencia técnica generalmente se conoce como know-how, abreviatura de "know how to do it" (saber como hacerlo) y 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 y asistencia personal. Este concepto incluye la destreza, pericia y habilidad desarrollada en el uso de la tecnología.

f) La asesoría, consultoría y supervisión; que es el complemento natural de la transferencia de conocimientos técnicos y, que en ocasiones, este supuesto está ya comprendido en algunos de los anteriores como el know-how o la asistencia técnica.

g) La contraprestación que debe pagar el franquiciatario si el contrato es oneroso, como en la mayoría de los casos, y que puede ser en dinero o en especie.

El pago de la contraprestación puede ser:

I.- Un solo pago a la celebración del contrato o en un plazo que en el mismo se establece, que resulta como pago del precio por la venta de la franquicia, entendida como privilegio, como derecho a explotar la negociación mercantil.

II.- Como pago de regalías o pagos periódicos relacionados con los resultados de la explotación de la negociación. Las bases de las regalías deben ser claramente descritas y el monto de las mismas se fija libremente por las partes. El porcentaje de las regalías puede variar durante la vigencia del contrato, y aun desglosarse por diversos conceptos como porcentaje de ventas netas por el uso de la(s) marca(s) y por el uso del nombre comercial. Existe la posibilidad de que el contrato establezca que el franquiciante percibe una retribución fija anual.

III.- En general, la contraprestación suele ser una combinación de un pago inicial y de regalías, y éstas a su vez pueden ser en dinero, en especie, en moneda nacional o extranjera y sobre distintas bases, todas relacionadas directa o indirectamente con los resultados de la negociación materia de la franquicia. Aunque generalmente en los contratos de franquicia, como contratos mercantiles, incluyan la obligación del franquiciatario de pagar una contraprestación, nada impide que el contrato de franquicia sea gratuito, pues la contraprestación no es elemento esencial.

h) La exclusividad; que es la limitación a la libertad contractual, al imponer la obligación de no celebrar una clase de determinados contratos con persona distinta al franquiciatario, o a éste la de no concluirlos con otro que no sea el franquiciante. Los elementos de validez de la exclusividad son el plazo y el territorio o espacio físico en que se desenvuelve su eficacia, en el contrato de franquicia el espacio geográfico puede delimitarse mediante un territorio en donde el franquiciatario pueda explotar la franquicia por medio de diversos establecimientos en los que el franquiciante autoriza su localización.

5.6 Elementos Formales

El contrato de franquicia, como contrato atípico no regulado por la legislación mexicana, en principio, no tiene una forma impuesta por la ley. Sin embargo, como un contenido esencial de la franquicia es la autorización o licencia del uso de una o varias marcas, (Art. 142 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial) o nombres comerciales, este acto jurídico si requiere para su validez frente a terceros, el que se otorgue por escrito y que se inscriba en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

El artículo 136 de la ley mencionada dispone que el titular de una marca registrada podrá conceder mediante convenios, licencia de uso a una o más personas. Este contrato debe inscribirse en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para que produzca efectos en perjuicio de terceros. El medio para inscribir un contrato es que se otorgue por escrito.

5.7 La Subfranquicia

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

El contrato de subfranquicia se produce en aquellos contratos de franquicia en los que el territorio o espacio geográfico concedido es del tipo de "área de desarrollo de franquicia" (master franchise), para que el franquiciatario, dentro del área autorizada pueda conceder subfranquicias.⁵⁴

Los elementos propios de la subfranquicia son:

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

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

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

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

⁵⁴ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

5.8 Obligaciones y Derechos del Franquiciador

Las obligaciones que nacen del contrato de franquicia para el franquiciador pueden ser muy variadas y distintas en cada contrato en particular por la materia de la concesión involucrada. Sin embargo, en términos generales, las principales obligaciones del franquiciador en un contrato de franquicia son las siguientes:⁵⁵

a) Conceder la licencia de uso de marca. La licencia del uso de la marca es una de las obligaciones esenciales de este contrato. Esta obligación es tan importante que es la que distingue un contrato de suministro, de distribución o de simple transferencia de tecnología, de uno de franquicia, aún cuando en este último aparezcan obligaciones propias de esos otros contratos. El franquiciante impone al franquiciatario el uso de su nombre y marca comercial, de modo que parece que es un negocio del mismo.

b) Autorizar el uso del nombre comercial. El nombre comercial o el aviso comercial no siempre será materia del contrato de franquicia, aunque en ciertos productos o servicios puede ser de mayor importancia y estar ligado a las marcas autorizadas. Como en el caso de las marcas, debe especificarse el nombre o aviso comercial, la forma en que debe usarse y el lugar autorizado para tal uso.

c) Concesión para la explotación de patentes. Cuando por el tipo de producto o servicio, o ambos, materia de la franquicia, se requiera para la explotación de un tercero de la autorización de uso de una o varias patentes, el contrato de franquicia deberá incluir como obligación del franquiciante la autorización de explotación de dichas patentes. A fin de cumplir con esta obligación, el concedente debe especificar las patentes registradas materia del contrato, los productos o procedimientos que ampara y proveer de la tecnología y transmisión de conocimientos al franquiciatario para una eficaz explotación de las mismas.

d) Proveer la tecnología. Esta obligación es amplia para el franquiciante y debe estar referida a los conocimientos técnicos que se transmiten para una eficaz

⁵⁵ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

explotación de la negociación mercantil que es objeto de la franquicia. Los medios o procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología pueden ser variados y, esta obligación puede cambiar durante la vigencia del contrato respecto a diversa tecnología que el franquiciatario requiere en etapas distintas del desarrollo del negocio. Esta es una obligación de hacer y de tracto sucesivo.

e) Determinar estándares de calidad. Esta obligación del franquiciante es también complemento de su derecho a inspeccionar y supervisar periódicamente al franquiciatario. El franquiciante debe buscar en todo momento la uniformidad del producto o del servicio que el franquiciatario presta amparado por las marcas y nombres comerciales cuyo uso se autoriza en el contrato. La facultad de controlar el proceso de calidad del producto o servicio es básica para no desprestigiarse ante los clientes.

f) Derecho de Inspección. El franquiciante tiene durante la vigencia del contrato de franquicia el derecho para inspeccionar, supervisar y conocer en detalle la operación y desarrollo de la explotación de la negociación por parte del franquiciatario y tiene por objeto verificar los métodos operativos, comerciales y administrativos del franquiciatario para mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios materia de la franquicia. Por tanto, este derecho no debe entorpecer ni afectar la operación normal del negocio. Este derecho puede ser delegado por el franquiciante con autorización del franquiciante, en técnicos o personas especializadas en determinadas áreas de operación de la negociación.

5.9 Obligaciones del Franquiciatario

Las obligaciones que nacen del contrato de franquicia para el franquiciatario, son en términos generales las siguientes:⁵⁶

a) Usar las marcas. El franquiciatario no sólo tiene el derecho a usar las marcas de productos o servicios que le autoriza el franquiciante, sino que tiene,

⁵⁶ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

en ocasiones el deber u obligación de usarlas, ya que la falta de uso de las marcas como usuario autorizado para determinado país o territorio puede originar que las marcas caduquen para su titular por falta de uso (Art. 152 fracción II de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial).

Además de que si el franquiciatario no usa la marca directamente afecta al franquiciante ya que de acuerdo a lo establecido por el artículo 141 de la ley mencionada, el uso de la marca por el usuario que tenga concedida licencia inscrita en el Instituto, se considerará como realizado por el titular de la marca.

b) Usar los nombres comerciales y explotar las patentes. Al igual que con las marcas, el franquiciatario tiene derecho a usar los nombres comerciales así como explotar las patentes, pero estos derechos significan también obligaciones para el franquiciatario, quien debe usarlos y explotarlos, pues el derecho sobre el nombre comercial se pierde si no se usa en un establecimiento. Respecto de las patentes existe por ley la obligación de explotarlas (Art. 73 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial) y la no-explotación puede ser causa de caducidad (Art. 80 de la misma ley).

c) Situar el establecimiento con aprobación del franquiciante. El franquiciatario debe seleccionar y determinar el lugar donde se ubicará el establecimiento para la explotación de la negociación, sujeto a la aprobación y a las especificaciones de construcción, instalación, decoración, publicidad, distribución del local, mobiliario, equipo, etc., que le señale o le requiera contractualmente el franquiciante.

d) Cumplir los requerimientos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos. 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 le fija el franquiciante. Los detalles del cumplimiento de esta obligación deben concretarse en cada contrato e incluye la de obligarse a cumplir las instrucciones que puedan variar durante la vigencia del contrato.

e) Seguir todas las especificaciones sobre organización del negocio. Esta obligación es muy amplia, pues supone que durante la operación de la negociación deberá ajustar su actuación, en diferentes áreas de administración y organización, a lo que fije el franquiciante. Esta obligación puede incluir:

Seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación.

Preparar y seguir los sistemas de contabilidad y los reportes financieros en la forma en que señale el franquiciante.

Contratar determinada clase de personal y someterlo a entrenamiento.

Mantener un mínimo de horas diarias de servicio a clientes.

Reacondicionar y renovar periódicamente el local y mantenerlo en determinadas condiciones.

Adquirir del franquiciante o de determinados proveedores cierta materia prima, equipo, productos o servicios.

Vender a los precios y condiciones que le señala el franquiciante. Esta obligación de todos los franquiciados asume una necesidad de identidad fundamental para la reputación de la empresa.

f) Pagar la contraprestación. Una de las más importantes obligaciones del franquiciatario es pagar la contraprestación pactada, misma que puede consistir en:

1) El pago inicial de una cantidad fija, no por producto alguno, servicio o tecnología, sino simplemente por el privilegio de obtener la franquicia y ser franquiciatario.

II) El pago periódico de regalías como contraprestación por la continua asistencia y tecnología que proporciona el franquiciante para que la negociación mercantil siga operando. Esta regalía también es contraprestación por el uso de las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de las patentes.

g) En algunos casos, el franquiciador estará obligado a adquirir un nivel de stock del producto o servicio en todas las modalidades del franchising, a fin de que la clientela pueda obtener aquel producto sin problemas de espera o demora.

h) Informar periódicamente. El franquiciatario debe informar al franquiciante el desarrollo de la negociación mercantil, esto tiene como objeto verificar el cumplimiento de todas las normas, la uniformidad de los productos y servicios prestados, la necesidad de que el franquiciante preste mayor asistencia o señale directrices de cómo se aplica la tecnología y muchos otros. Este informe es básicamente económico y generalmente se hace en formatos que proporciona el franquiciante. Esta obligación suele incluir la de enviar anualmente estados financieros de la negociación auditados por una firma predeterminada por el mismo franquiciante.

i) Guardar secreto. El franquiciatario está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología o la operación de la negociación, o la propia franquicia. El artículo 84 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial dispone que en los contratos donde se transmitan conocimientos técnicos se podrá incluir la cláusula de confidencialidad, y el artículo 82 del mismo ordenamiento nos dice que por secreto industrial se entiende: "Toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido de la misma".

j) No vender o explotar otros productos o servicios. La obligación que nace del contrato de franquicia es la de fabricar, vender u ofrecer los productos o servicios que son materia del contrato, con prohibición de vender u ofrecer

productos o servicios distintos. El incumplimiento de esta obligación puede afectar a la organización del franquiciante, pues viola el principio de uniformidad de producto y servicio que ofrecen todos los franquiciatarios.

k) No vender, traspasar o sublicenciar. En virtud de que el contrato de franquicia es *intuitu personae*, el franquiciatario no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia sin autorización expresa del franquiciante.

l) Cooperar en la publicidad. En virtud de que la publicidad que realiza el franquiciante beneficia a todos los franquiciatarios, se impone a éstos la obligación de contribuir en los gastos de publicidad, tales como anuncios en televisión, radio u otros medios. También puede obligarse al franquiciatario a gastar o invertir un monto determinado de sus ventas o utilidades en publicidad propia.

m) Aceptar inspecciones. Esta obligación que tiene el franquiciatario de aceptar y colaborar en las inspecciones, visitas, supervisiones, auditorias, etc., que hace el franquiciante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, es correlativa al derecho que tiene el mismo de inspeccionar y supervisar el establecimiento o negocio.

n) Inscribir el contrato. A fin de que el contrato de franquicia tenga validez en el país en el que se aplica, es obligación del franquiciatario hacer los trámites necesarios a fin de que el contrato quede debidamente registrado.

ñ) A la terminación. Cuando termina el contrato, el franquiciatario tiene la obligación de discontinuar el uso de la franquicia, es decir dejar de usar las marcas, nombres, avisos comerciales y la explotación de patentes, así como de la tecnología proporcionada por el franquiciante. Debe dejar de operar la negociación y dejar de hacer negocios bajo el nombre del franquiciante a fin de evitar confusión y hacer creer al público y los consumidores que sigue existiendo la relación de franquicia.

5.10 La Cesión de la Franquicia

La cesión de la franquicia por parte del cesionario afecta en forma directa al franquiciante, ya que éste tiene interés en mantener la integridad de sus marcas y tener el mismo nivel de calidad que la compañía requiere a fin de mantener su reputación ante el público consumidor.⁵⁷

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

La cesión o transferencia de la franquicia constituye jurídicamente una verdadera cesión del contrato en la que se sustituye al franquiciatario por otro sujeto en la titularidad de la relación jurídica derivada del contrato. Es claro que el contrato no es materia de la cesión, sino tan solo los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Como esta figura no está reglamentada en nuestro derecho, resultan aplicables, por analogía, las normas sobre la cesión de derechos plasmadas en nuestro Código Civil.

5.11 Terminación

La terminación del contrato de franquicia junto con la renovación y transferencia es uno de los temas mas controvertidos sobre las franquicias, por lo que no debe causarnos sorpresa que los litigios entre franquiciantes y franquiciatarios sea precisamente a fin de resolver estos problemas.⁵⁸

⁵⁷ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

⁵⁸ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

De las causas generales de terminación del contrato algunas de las cuales pueden ser pactadas por las partes en el contrato de franquicia, se señalan las más importantes:

a) Preaviso de alguna de las partes. Este preaviso suele estar pactado en el contrato con un plazo mínimo y alguna formalidad para hacerlo saber a la contraparte. Puede establecerse que éste preaviso sólo opere después de cinco o diez años de vigencia del contrato de franquicia.

b) Terminación anticipada por incumplimiento de alguna de las partes, o rescisión. En esta causal suele pactarse cuáles son las violaciones graves al contrato que puedan dar lugar a la terminación anticipada para alguna de las partes. Por ejemplo, el incumplimiento de ciertas obligaciones del franquiciatario, como no pagar la contraprestación periódica, abrir nuevos establecimientos sin aprobación del franquiciante, etc. En algunos casos, el no-cumplimiento de estas obligaciones se pone como causa de terminación anticipada al contrato.

Esta resolución por incumplimiento tiene como fundamento legal, en nuestro derecho, el artículo 1949 del Código Civil, que previene para los contratos bilaterales la posibilidad de resolverlos por incumplimiento de una de las partes. En este caso la parte perjudicada puede solicitar judicialmente el cumplimiento forzoso o la rescisión y, en ambos casos, el pago de daños y perjuicios.

Como solución contractual a que pueden recurrir las partes para estos incumplimientos, el franquiciante puede aceptar que ante las violaciones o incumplimiento del contrato por parte del franquiciatario se le hará saber por escrito la violación, y durante un término pactado el franquiciatario deberá subsanar la violación o dejar de incumplir. Si durante ese periodo pactado el franquiciatario no cumple con lo solicitado, opera la terminación anticipada del contrato.

c) Quiebra del franquiciatario o del franquiciante. A esta causal suele agregarse otras que afectan a la operación normal del franquiciatario, como puede ser la huelga prolongada, el embargo de la negociación o de ciertos activos

importantes, con posibilidad de intervención en la administración por parte de la autoridad judicial; la expropiación o la suspensión de pagos.

d) Vencimiento del contrato. Por su propia naturaleza ésta causa de terminación no requiere de aviso o actos propios de las partes. Algunas veces la llegada del plazo termina el contrato, salvo que las partes decidan continuar con el mismo por períodos o un plazo igual al inicial, si se pacta la renovación automática, a menos que se dé aviso al contrario en un plazo o forma pactada.

e) Muerte del franquiciatario. Esta causa sólo se produce cuando el concesionario es una persona física. Puede establecerse en el contrato que el contrato de franquicia continúe vigente con los herederos o bien que se termine en un plazo razonable en el cual el franquiciante tiene derecho con preferencia a terceros de recomprar la franquicia o dar alguna indemnización a los herederos. Puede pactarse también que los herederos puedan ceder el contrato de franquicia a un tercero a la muerte del franquiciatario.

Con relación a los efectos de la terminación de este contrato es necesario hacer notar que se trata de un contrato de tracto sucesivo y la rescisión por incumplimiento o la terminación anticipada produce efectos hacia el futuro, no en forma retroactiva como sucede en contratos de ejecución instantánea o de una sola prestación.

Los efectos de la terminación del contrato de franquicia con respecto al franquiciatario pueden o no incluir una indemnización. Algunos autores sostienen que es justo se indemnice al franquiciatario ya que este ayudó a integrar la red de negocios franquiciados, pero otros autores sostienen con base en argumentos jurídicos que no existe derecho alguno a otorgar esa indemnización al franquiciatario. Considero que para evitar conflictos con motivo de esta indemnización, lo más prudente es que desde la celebración del contrato de franquicia se pacte si dicha indemnización se otorgará o no al vencimiento del contrato.

5.12 La Franquicia en el Derecho Mexicano

El contrato de franquicia en nuestro derecho mexicano, es un contrato atípico, pues en nuestra ley la relación entre franquiciante y franquiciatario no está disciplinada, y la sola mención de esta figura en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial no convierten al mismo en un contrato típico en nuestro derecho, ya que como se ha dicho, no regula la relación entre las partes sino que únicamente contempla la relación entre las partes contratantes con la Administración Pública Federal, titular del registro de contratos de licencia de marcas.

Con relación a las normas que directa o indirectamente han regulado al contrato de franquicia, respecto de la transferencia de tecnología, ha habido cuatro etapas:⁵⁹

1ª Antes de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas; hasta que se promulgó la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (30 de Diciembre de 1972), los contratos de franquicia en México no tenían una regulación referida a ellos expresamente. Es decir que el contenido de los contratos celebrados no estaba sujeto a limitaciones de carácter legal o administrativo. En caso de que en algún contrato se incluyera la licencia del uso de una marca, este acuerdo por lo que hace al uso de la misma debía hacerse por escrito e inscribirse en la Dirección General de Inventiones y Marcas (Art. 134 y demás relativos de la Ley de Inventiones y Marcas ya abrogada).

2ª De la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas al Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas de noviembre de 1991; la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas promulgada en el Diario Oficial de 30 de diciembre de 1972 obligaba a que los

⁵⁹ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

contratos de transferencia de tecnología, para ser validos en México, registrarlos en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología y no contener ninguna causa de negativa de inscripción.

Esta Ley y su Reglamento vigente hasta enero de 1990 contenían limitaciones contractuales que al ser muy estrictas, hacían poco atractivo la celebración de estos contratos. Las principales limitaciones eran las siguientes:

a) La intervención directa o indirecta en la administración del franquiciatario.

b) Se impedía que el franquiciatario desarrollara tecnología.

c) Se obligaba al franquiciatario a adquirir equipo o materias primas de un determinado origen.

d) La prohibición o restricción a la exportación por parte del franquiciatario.

e) La obligación de guardar secreto por un plazo mayor al del contrato.

3ª El Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas de enero de 1990; la promulgación de éste nuevo reglamento significó el reconocimiento y definición del contrato de franquicia en nuestro derecho y la liberación de la mayoría de las limitaciones y restricciones a la libertad contractual que establecía la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas para hacer posible la celebración de contratos de franquicia, lo cual propició el auge de los negocios que operan bajo el concepto de franquicia.

El artículo 23 del citado reglamento definió a la franquicia como "El acuerdo en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de

marcas o nombres comerciales al adquirente, transmite conocimientos técnicos, proporciona asistencia técnica en los términos de los incisos a), f), g), y h) del artículo 2 de la ley, con el propósito de procurar bienes o servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor, independientemente de algún otro de los supuestos que marca el precepto citado”.

4ª De la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial a la fecha; con fecha 27 de junio de 1991 se promulgó la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial la cual en su artículo 2º transitorio abrogó la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su respectivo reglamento, por lo que la franquicia dejó de ser un contrato que se debía inscribir en el Registro de Transferencia de Tecnología para que surtiera efectos en México.

Lo anterior significa para el contrato de franquicia el que las partes, en ejercicio de la libertad contractual, puedan libremente determinar el contenido del contrato sin limitación legal alguna, directa o indirecta, respecto de la transferencia de tecnología.

Con la regulación actual de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial el contrato de franquicia es una especie del contrato (la ley habla de convenio) de licencia de marca. Esta ley establece el derecho del franquiciatario para pedir información del franquiciante antes de la celebración del contrato. Los detalles de esta obligación del franquiciante son materia del reglamento de esta ley.

Recientemente han aparecido en nuestra legislación diversas disposiciones en materia económica que si bien es cierto no han disciplinado la relación entre franquiciante y franquiciatario, de alguna manera han influido en el desarrollo de las franquicias y en la celebración de contratos sobre esta materia. Estas disposiciones son: a) La Ley Federal de Protección al Consumidor, b) La Ley de Competencia Económica, c) El Tratado de Libre Comercio y d) la Ley de Inversiones Extranjeras.⁶⁰

⁶⁰ Arce Gargollo Javier. Op. Cit.

a) Ley Federal de Protección al Consumidor. Esta ley tiene por objeto promover y proteger los derechos del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Los franquiciantes y franquiciatarios, en términos del artículo 2º fracción II de la ley tienen el carácter de proveedores. El proveedor se define en la ley como la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios. Los franquiciatarios, además, estarán sujetos a la ley en todo lo referente a las normas que regulan actividades propias de la operación de ciertas negociaciones mercantiles. Estas serían: lo referente a la información y publicidad; a las promociones y ofertas que realicen los franquiciantes y franquiciatarios en la venta de los productos y servicios materia del contrato; a los servicios; al tiempo compartido o de operaciones con inmuebles, cuando la franquicia tenga estos objetos; y, en lo referente a los contratos de adhesión. Esta ley busca el equilibrio en las relaciones entre proveedores y consumidores.

b) Ley de Competencia Económica. El objeto de esta ley es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. La aplicación de la ley se confía a un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento (hoy Secretaría de Economía) que es la Comisión Federal de Competencia Económica. Esta ley es aplicable a los contratos de franquicia, pues muchos de ellos tienen por objeto la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios. Se considera por la ley que la distribución exclusiva de bienes y servicios puede ser una práctica monopólica relativa, si el franquiciatario llegara a tener un poder substancial sobre el mercado relevante. En estos casos, la Comisión Federal de Competencia Económica puede intervenir, si de algún modo se está en los supuestos de prácticas monopólicas.

c) El Tratado de Libre Comercio. Este acuerdo internacional tiene como objeto eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las partes, promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio, aumentar oportunidades de inversión y establecer procedimientos eficaces para la solución de controversias. El tratado ha significado para los contratos de franquicia una mayor facilidad para la importación y exportación de los bienes y servicios materia de los mismos.

d) Ley de Inversiones Extranjeras. Esta ley establece como principio general el que la inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital de sociedades mexicanas, salvo las excepciones que la propia ley señala. Las disposiciones de esta ley significan para las franquicias y la celebración de los correspondientes contratos, la posibilidad de que el franquiciante extranjero pueda constituir sociedades mexicanas con 100% de inversión extranjera, que sean franquiciatarios con las que celebre contratos de franquicia. Es decir, el franquiciante tendrá subsidiarias y filiales, algunas con el 100% de inversión extranjera, que serán los franquiciatarios. En este sentido, estas inversiones pudieran llegar a desplazar a la inversión mexicana. Esta posibilidad de mayor inversión extranjera en muchas actividades económicas, es probable que tenga como efecto un mayor desarrollo de la franquicia en México.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Los contratos innominados existen desde la época romana, con la diferencia de que en aquella época no existía en favor de los contratantes protección jurídica alguna para el caso de incumplimiento de alguna de las partes, por lo que el cumplimiento del contrato era una obligación natural, dejándose a la buena fe de los contratantes.

SEGUNDA: Los contratos innominados son aquellos a los que la ley no les ha dado una denominación y no se encuentran regulados en forma específica por el derecho, razón por la que se rigen por las reglas generales del derecho, por lo estipulado por las partes y, en lo que estas fueren omisas, por las disposiciones del contrato nominado con el que tengan más analogía.

TERCERA: La existencia de los contratos innominados se justifica por la naturaleza propia del contrato, en el sentido de tratarse de un acuerdo de voluntades basado en la autonomía de las mismas, siendo libres para contratar sobre cualquier objeto o materia no prevista en algún contrato regulado por la ley, ya que ésta no puede abarcar toda la amplia gama de posibilidades que ofrece la voluntad y libertad de contratar de las personas.

CUARTA: Los contratos innominados en nuestra época actual revisten una gran importancia derivada del crecimiento de la actividad económica en los ámbitos económicos nacional e internacional, que permite que día con día las personas celebren contratos que se apartan de los cánones de los contratos regulados por la ley.

QUINTA: Los contratos innominados tienen sustento jurídico en el artículo 1858 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual, aunque no los define, ni cuenta con un apartado específico que los regule, dicho precepto ordena que se rijan 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.

SEXTA: El derecho comparado admite la celebración de los contratos innominados, a condición de que no sean contrarios a los principios generales del derecho para que sean merecedores de la tutela jurídica en virtud de reunir los requisitos legales correspondientes.

SEPTIMA: El proceso de globalización de la economía internacional ha propiciado que se realicen nuevas y variadas operaciones de inversión y comercialización en el ámbito mundial, entre las cuales sobresale la franquicia, que es un contrato mercantil, principal, oneroso, innominado o atípico, intuito personae, consensual y de tracto sucesivo, en virtud del cual una parte llamada franquiciante se obliga a otorgar el uso de una o más marcas, nombres y/o avisos comerciales y derechos de autor, así como a transmitir tecnología, conocimientos técnicos, su experiencia y "know-how", y a prestar asistencia técnica, organizativa, gerencial y administrativa a otra parte llamada franquiciatario, quien a su vez se obliga a pagar a la primera una contraprestación compuesta por una cuota inicial así pagos periódicos o regalías y a comercializar, producir y distribuir bienes, o a prestar servicios en un territorio establecido y por un tiempo determinado, de acuerdo con las instrucciones y bajo el control de ésta.

OCTAVA: Al encontrarse México tan cerca y ligado a Estados Unidos, desarrolló como era de esperarse, el contrato de franquicia en forma similar, razón por la cual fue a partir de 1982, fecha en que se promulga la Ley sobre el Control de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, cuando comienza a crearse un régimen legal sobre franquicias. Este contrato se encuentra regulado en la Ley de la Propiedad Industrial en su artículo 142, el cual establece una definición legal de franquicia y señala la obligación por parte del franquiciante de proporcionar toda la información que el franquiciatario le solicite en términos del artículo 65 del Reglamento de dicha ley.

NOVENA: En virtud de la abrogación de la Ley sobre el Control de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y de la promulgación de la Ley de la Propiedad Industrial, se da la pauta para prescindir del hecho de que ninguna oficina gubernamental apruebe cada operación a realizarse respecto de las franquicias, permitiendo asimismo, en ejercicio de la libertad contractual, la determinación del contenido del contrato sin limitación legal o restricción alguna como anteriormente se manejaba, ofreciendo a su vez,

la seguridad y garantía a ambas partes de que el cumplimiento de dicho contrato está protegido por un régimen jurídico.

DECIMA: Existen dos tipos de franquicias: La franquicia de producto y de marca y la de negocio; la primera consiste en un acuerdo en virtud del cual el franquiciante, además de otorgarle al franquiciatario el uso y explotación de un nombre comercial o marca, se constituye como proveedor exclusivo de los productos servicios que comercializará y/o distribuirá el franquiciatario; y la franquicia de negocio, mediante la cual una compañía desarrolla un sistema o método de operación para la comercialización de productos o servicios, y la marca registrada identifica a todas las partes de ese sistema o método.

DECIMAPRIMERA: La franquicia no obstante que trae consigo beneficios innegables desde un punto de vista económico, tales como la creación de empleos, la inversión y evitar el fracaso de muchos negocios, desde el punto de vista social tiene algunas desventajas como son el riesgo de la pérdida de identidad nacional debido al consumo generalizado de productos de importación y la falta de creatividad e iniciativa por parte de empresarios mexicanos a comenzar un nuevo negocio independiente cuyo nombre o prestigio tendrá que darse en el tiempo en lugar de adquirir uno ya probado, frenando así el desarrollo tecnológico del país al importarlo del extranjero.

DECIMASEGUNDA: A través del tiempo, la franquicia ha probado ser un instrumento comercial que funciona y que además puede traspasar las fronteras políticas de los estados, que puede adecuarse y acoplarse a cualquier régimen o sistema jurídico y que es capaz de tener éxito aún bajo condiciones adversas, tal y como sucedió en nuestro país.

DECIMATERCERA: Las franquicias en México siguen conservando un esquema de absoluta libertad, toda vez que no imponen al franquiciante mayores obligaciones para el otorgamiento del contrato, ni someten su clausulado a restricciones de ningún tipo.

DECIMACUARTA: Existe la necesidad de establecer un régimen legal del contrato de franquicia, que debe obedecer a distintas necesidades, tales como:

- a) Dotar de seguridad jurídica a las partes al momento de celebrar el mismo, así como la garantía de que van a estar protegidos por un régimen jurídico que ampare las consecuencias a que haya lugar por su celebración.
- b) Establecer normas específicas para su celebración, ejecución y terminación, así como normas supletorias de la voluntad de las partes.
- c) Actualizar el derecho mexicano respecto de este contrato.
- d) Evitar la confusión que se puede generar con el contrato de franquicia y otros contratos o figuras afines.
- e) Fomentar la celebración de este tipo de contratos a efecto de que el mismo sea parte importante en el desarrollo de la tecnología y la inversión en nuestro país.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- A. Borda Guillermo. Manual de Contratos. Decimoquinta Edición. Buenos Aires, Argentina, 1985.
- 2.- Anales de Jurisprudencia. Tomo XXXIII, Número 6. 2a. Época. 30 de Junio de 1941. México, D.F.
- 3.- Arce Gargollo Javier. El Contrato de Franquicia. Editorial Themis S. A. de C.V., México, D.F., 1995.
- 4.- Arce Gargollo Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. Editorial Trillas S.A. de C.V., Segunda Edición. México, 1994.
- 5.- Código Civil Argentino. Editorial Zavala S.A. Buenos Aires, Argentina, 1994.
- 6.- Código Civil Español. Editorial Civitas S.A. Madrid, España, 1991.
- 7.- Código Civil Francés. Editorial Dalloz. París, Francia, 1993.
- 8.- Código Civil Italiano. Editorial la Tribuna. Piacenza, Italia, 1990.
- 9.- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa S.A. México, 1995.
- 10.- Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. Tomo 1 A-D, Editorial Abeledo-Perrot S.A. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- 11.- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo A-CH, Editorial Porrúa S.A. México, 1987.
- 12.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IV Cons-Cost, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, Argentina, 1991.
- 13.- Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Porrúa S.A. Séptima Edición. México, 1990.

14.- Lozano Noriega Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos. Asociación Nacional del Notariado Mexicano.

15.- Matusky Gregory y S. Raab Steven. Franquicias, Como Multiplicar su Negocio. Editorial Limusa S.A. de C.V. México, D.F, 1994.

16.- Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo V, Editorial Francisco Seix S.A. Barcelona, España, 1985.

17.- Petite Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa S.A. Quinta Edición. México, 1985.

18.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 2a. Época. Tomo XXVII Número 7-8 Julio-Agosto de 1953. Madrid, España.

19.- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Contratos. Tomo 1. Editorial Porrúa S.A. Quinta Edición. México, 1985.

20.- Sánchez Medal Ramón. De los Contratos Civiles. Editorial Porrúa S.A. Decimotercera Edición. México, 1994.

21.- Zamora y Valencia Miguel Angel. Contratos Civiles. Editorial Porrúa S.A. Cuarta Edición. México, 1992.