



UNIVERSIDAD MOTOLINIA, A. C.

ESCUELA DE DERECHO

CLAVE 302809

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

“ANALISIS DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ANAPATTY MEDINA QUINTERO

DIRECTOR DE TESIS:
LIC. JOSÉ ANTONIO ORTIZ CERÓN



MÉXICO, DISTRITO FEDERAL

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

“Análisis de la franquicia en México”

INDICE:

	Página.
CAPITULO 1. Proyecto Jurídico.	
1 . 1 Introducción.	1
1 . 2 Planteamiento del problema.	2
1 . 3 Justificación e importancia.	3
1 . 4 Hipótesis.	4
1 . 5 Delimitación del tema. Ámbito temporal.	4
1.5.1 Ámbito Espacial.	4
1.5.2 Ámbito Temporal.	5
1 . 6 Objetivos.	5
1.6.1 Objetivos Específicos.	5
1 . 7 Marco teórico conceptual.	6
1 . 8 Metodología y técnicas.	7
CAPÍTULO 2. Perspectiva global de las franquicias en el derecho comparado.	
2 . 1 Las franquicias y la Ley en Estados Unidos De Norteamérica.	8
2.1.1 Antecedentes de la Legislación.	8
2.1.2 El Reglamento de la Comisión Federal de Comercio y la Circular de oferta uniforme de franquicias (UFOC).	10
2.1.3 La Cláusula de no competencia en EUA.	13
2.1.4 Algunas restricciones impuestas a los franquiciadores.	14
2.1.5. Asociación internacional de franquicias (IFA).	16
2.1.6. La Asociación Nacional de franquiciatarios y distribuidores.(AAFD).	17
2.2 España y el código Deontológico Europeo	18
2.2.1. España y su Legislación concreta sobre franquicias.	18
2.2.2. Código Deontológico Europeo de la franquicia.	21
2 . 3 Argentina	23

2.3.1	La Asociación Argentina de franquicias y su Código de ética.	24
2.3.2.	La situación actual de la franquicia en Argentina.	25
2 . 4	Brasil	26
2.4.1	Antecedentes.	26
2.4.2.	La Legislación.	27
2.4.3.	El fracaso de las franquicias extranjeras en Brasil: caso Mc Donald's.	29
2 . 5	Algunos organismos internacionales relacionados con la franquicia	31
2.5.1	El Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT)	31
2.5.2	La Organización Mundial de la propiedad intelectual (OMPI).	33

CAPÍTULO 3. Conceptos fundamentales y marco legal de la franquicia en México.

3 . 1	Concepto y definición de franquicia	34
3.1.1	Terminología.	34
3.1.2	Concepto de franquicia en términos comerciales o de negocio.	35
3.1.3	Concepto de franquicia en el derecho comparado.	36
3.1.4	Concepto en la legislación nacional.	37
3. 2	Origen histórico y evolución de la franquicia	37
3.2.1	Primeros antecedentes en Europa.	37
3.2.2	El perfeccionamiento del sistema.	38
3.2.3	La franquicia en México como consecuencia del modelo neo liberal.	42
3. 3	Figuras contractuales afines y sus principales diferencias	47
3. 4	Características básicas de la franquicia	50
3.4.1	Aspectos generales que integran una franquicia	51
3. 5	Tipos de franquicias	54
3. 6	Marco legal en México	56
3.6.1	Marco Internacional Legislativo vigente sobre propiedad intelectual	58

CAPÍTULO 4. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia.

4 . 1	Teoría general del contrato	62
4 . 2	El principio de la libertad contractual y la regulación estatal	62
4 . 3	Concepto de contrato	64
4 . 4	Elementos de existencia y validez del contrato	65
4 . 5	Clasificación del contrato de franquicia	71
4 . 6	Elementos personales	74
4 . 7	Elementos reales	76
4 . 8	Elementos formales	88

CAPÍTULO 5. Particularidades del sistema de franquicia en México.

5 . 1	Requisitos para franquiciar un negocio	90
5.1.1	Circular de oferta de franquicia (COF).	92
5 . 2	Importancia del contrato de franquicia	94
5.2.1	Capítulos que debe contener el contrato de franquicia.	95
5 . 3	Contratos auxiliares	100
5 . 4	Terminación y causas de rescisión del contrato	102
5.4.1	Terminación.	102
5.4.2	Causas de rescisión del contrato y su interpretación.	103
5 . 5	Solución de controversias	106
5 . 6	Ventajas e inconvenientes del sistema	108
5.6.1	Ventajas para el franquiciatario.	108
5.6.2.	Principales inconvenientes para el franquiciatario.	109
5.6.3	Las ventajas para el franquiciante.	110
5.6.4.	Desventajas del franquiciante.	111
5.6.5.	Ventajas y desventajas de las franquicias para el consumidor.	111
5 . 7	Apoyos institucionales que respaldan a la franquicia en México	112

CAPÍTULO 6. Recomendaciones y Conclusiones.

6.1	Recomendaciones	115
6.2	Conclusiones	117

RESUMEN:

En este trabajo mi objetivo principal es exponer un nuevo contrato que es de carácter atípico. A medida que las sociedades avanzan, y en especial, en estos últimos tiempos en los cuales la importancia de la economía es protagónica, y que ha generado junto con los nuevos modos de vida y necesidades actuales una serie de nuevos negocios que han sido captados por el Derecho. En algunos casos, estos negocios ya han sido objeto de regulación legal, dictándose leyes nacionales especiales destinadas a poner orden y dar por terminado el “caos” jurídico producido por la incertidumbre que generaban estas originales formas de contratación totalmente distintas a las preexistentes o que en otros casos son un híbrido constituido por las formas tradicionales y las modernas.

El contrato de franquicia tal y como se conoce en la actualidad, es un fenómeno relativamente nuevo. Aunque históricamente las franquicias han sido utilizadas como medio para la prestación de servicios públicos, solamente en este siglo han sido utilizadas por el sector privado como un sistema de mercadotecnia aplicado a bienes y servicios.

El desarrollo del concepto de franquicias se remonta al siglo XII. Sin embargo, existen 2 épocas muy marcadas en el desarrollo de las franquicias como sistema comercial y de negocios: la primera, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX y la segunda desde la posguerra hasta nuestros días.

La **franquicia** se define como un sistema de colaboración entre dos partes jurídicamente independientes, vinculadas entre sí a través de un contrato mediante el cual una de las partes, **la empresa franquiciadora**, sede a cambio de cierta **remuneración económica**, el derecho a utilizar su **marca comercial y su “saber-hacer” empresarial**, por un tiempo limitado y en un territorio determinado.

Es un acuerdo (vertical) por el cual el propietario de una marca, nombre comercial u otra presentación de marketing distintiva (franquiciante) otorga una licencia a favor de un minorista (franquiciado) para utilizar su marca, nombre comercial o presentación, y para disponer su establecimiento de acuerdo al distintivo o formato asociado con el franquiciante.

Básicamente el franchising es una suerte de simbiosis. Una parte, que es conocida como franquiciante (franquiciante) otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franquiciado (franquiciado), para que venda servicios o productos de su titularidad.

La franquicia responde a la necesidad de una renovación constante de la oferta de mercado, obligada por la imperable y creciente aparición de nuevos competidores y la exigencia de ofrecer nuevas prestaciones.

La franquicia consigue un mayor acercamiento al consumidor a través de una **“especialización”** bien entendida, o sea, centrada en un **mejor conocimiento del producto** y sobre todo, un **mejor servicio y atención al consumidor**.

Se trata de un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Es bilateral, ya que el contrato produce derechos y obligaciones para ambas partes. Se trata de un contrato atípico, pues no se encuentra regulado en nuestro derecho, por lo cual se le conoce como contrato innominado. Es un contrato oneroso, pues cada una de las partes obtiene una ventaja de su prestación.

Palabras clave

Atípico.

Franquicia.

Contrato.

Regulación.

Código de Comercio.

Fraude.

Derecho comparado.

Libertad contractual.

Principio de la autonomía de la voluntad.

Elementos del contrato.

CAPÍTULO I.

PROYECTO JURÍDICO

“PROPUESTA DE REGULACIÓN Y ANÁLISIS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN MÉXICO”

SUMARIO.

1.1 Introducción.

1.2 Planteamiento del problema.

1.3 Justificación e importancia.

1.4 Hipótesis

1.5 Delimitación del tema.

1.5.1 Ámbito espacial

1.5.2 Ámbito temporal

1.6 Objetivos.

1.6.1 Objetivos específicos.

1.7 Marco Teórico Conceptual

1.8 Metodología y Técnicas.

1.1 INTRODUCCIÓN.

El continuo crecimiento de las nuevas tecnologías, el fenómeno del comercio exterior y de los intercambios comerciales, la paulatina disminución del comerciante individual, la creatividad de los hombres de negocios y el desarrollo de nuevos comportamientos sociales, hacen que hoy en día casi nada parezca estático y todo esté en permanente evolución y movimiento. En torno a este estado de continuo cambio aparecen nuevas tendencias que se extienden por todos los ámbitos del sistema económico mundial.

Ésta es la razón de que actualmente en la práctica de los negocios, una importante cantidad de los contratos que se celebran cotidianamente son atípicos, es decir que no están previstos y regulados por la Ley. Este tipo de contratación se ha hecho muy frecuente, ya que los particulares y empresarios no se atienen, al pensar sus negocios, a los modelos jurídicos tradicionales sino que generan nuevas operaciones y modos de contratación que no encuadran en lo que el legislativo ha previsto y esto es revelado por la gran cantidad de contratos de esta naturaleza que se celebran en la vida diaria.

Dentro de estos contratos que carecen de regulación legal específica encontramos la figura de la franquicia. Este contrato de origen estadounidense ha tenido una gran repercusión a escala mundial debido a que ha demostrado ser una fuente confiable para obtener grandes beneficios económicos.

Es así como se introdujo poco a poco este concepto en México a finales del siglo pasado, y desde ahí las franquicias no han dejado de crecer dentro de la economía de nuestro País. Por lo mismo, es necesario que estos contratos que aparentemente se basan en el principio de la libertad contractual, sean analizados de manera más detallada para determinar su regulación definitiva en el dispositivo legal correspondiente. De ésta forma se brindará mayor seguridad jurídica a las partes contratantes y proporcionará mayor beneficio a la colectividad.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Actualmente México cuenta con una legislación mínima en cuanto al contrato de franquicia, de hecho, esta figura solo es considerada brevemente en la Ley de Propiedad Industrial y su reglamento, cuando en realidad debería estar regulada en el Código de Comercio por tratarse de una actividad mercantil.

Es lógico que por tratarse de una figura relativamente nueva, no haya sido tomada en cuenta en el ámbito jurídico en el pasado; además, es posible que los

legisladores jamás hayan imaginado que esta figura cobraría tanta fuerza y se volvería extremadamente popular, por lo que nunca hubo una propuesta seria de incorporarla a la legislación mexicana. Pero las cifras no mienten y hoy se sabe con exactitud que es una de las operaciones mercantiles con más auge a nivel nacional.¹ Por lo mismo, no es viable que se rijan solamente por el principio de la libertad contractual, o por alguna otra disposición perteneciente a la doctrina nacional o internacional, sino que se le deben aplicar reglas mucho más concretas para evitar abusos y futuras controversias entre las partes. He ahí, la necesidad de estructurar un marco jurídico adecuado para el desarrollo de este sector incipiente. Y más aún, cuando se trata de un contrato tan complejo que vincula cuestiones sobre licencia de uso de marca, know-how, propiedad intelectual, relaciones laborales, políticas de territorialidad, fuentes de suministro, etc.

1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.

El contrato de franquicia comenzó a utilizarse en México a finales de la década de los 80. A partir de entonces su importancia ha ido creciendo, alcanzando un desarrollo considerable en diversos ámbitos económicos que van desde los establecimientos de comida rápida a la provisión de casi cualquier servicio. Además, los mismos empresarios mexicanos han desarrollado exitosos negocios que se encuentran hoy en el extranjero como franquicias o que lo estarán en un futuro muy próximo.² Pese a esto se puede afirmar que dado a que no existe un desarrollo reglamentario de este precepto, ni se prevén las consecuencias jurídicas del incumplimiento del mismo, el contrato de franquicia se encuentra desprovisto de una regulación propia, autónoma y diferente de otros contratos, estableciéndose solamente referencias legislativas de carácter ambiguo como son algunos articulados de la Ley de la Propiedad Industrial.

¹ De acuerdo a Juan Manuel Gallastegui, propietario del despacho de consultoría Gallastegui Armella y ex presidente de la Asociación Mexicana de Franquicias, al cierre de 2003 habrá un total de 700 a 750 franquicias en México, de las cuales el 60% serán nacionales, y el otro 40% extranjeras. Actualmente existen más de 34 mil puntos de venta de franquicias en toda la República Mexicana.

² De las marcas nacionales, 20 empresas exportan ya sus franquicias a Centroamérica, Estados Unidos y Europa, como Ópticas Devlin, Taco inn, Julio, Kiko donas, Electrónica Stern, Tortas locas, Sushito y el Tizoncito.

La consecuencia directa de estar brevemente mencionado dentro de un ordenamiento legal de carácter administrativo es que el contrato de franquicia adquiere una importancia aún mayor por cuanto es el único documento que puede regular la relación entre las partes de una manera efectiva. No existe tampoco un modelo de contrato al que pueda adaptarse cualquier concepto de franquicia, cada uno de éstos requerirá un contrato distinto en función de sus características y necesidades específicas. Por lo mismo es necesario fortalecer la legislación y regular ciertas disposiciones de orden común en beneficio del sector que se vea afectado por esta laguna jurídica.

1.4 HIPÓTESIS.

Se justifica la necesidad de fortalecer la legislación que se refiera exclusivamente al contrato de franquicia, para que su clasificación cambie de ser una figura atípica ³ y por lo tanto, sea regulada por ciertas disposiciones en lo que respecta a su contenido. De esta manera la libertad contractual será limitada más no suprimida, tomando en cuenta que cada contrato debe satisfacer las características particulares de la franquicia.

1.5 DELIMITACIÓN DEL TEMA.

1.5.1 ÁMBITO ESPACIAL.

Específicamente en México, para establecer la necesidad de regular de manera más detallada y concisa el contrato de franquicia en esta legislación; pero, se hará un breve análisis comparativo de otros ordenamientos jurídicos

³ Teniendo en cuenta las características, finalidad e idiosincrasia de estos contratos y que en muchas ocasiones el derecho fiscal o administrativo se anticipa a la legislación civil o mercantil, Vincent Chulia y Beltran Alandete definen a los contratos atípicos como "aquellos que no estando definidos por la legislación positiva están reconocidos por la realidad social, y en ocasiones por las leyes especiales, basándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, rigiéndose por su afinidad por otros contratos típicos, por los principios generales de las obligaciones y los contratos y subsidiariamente por los principios generales de derecho".

internacionales más avanzados en esta materia con el fin de poder adecuar algún mecanismo legal que pueda ser de utilidad para incorporar de forma más eficiente este contrato al ordenamiento jurídico correspondiente.

1.5.2 ÁMBITO TEMPORAL.

La limitación del ámbito temporal se ubica en la actualidad, es hoy cuando este contrato producto de la globalización necesita de manera urgente tener reglas mucho más claras que se encuentren incorporadas en un texto legal. Pero es necesario hacer un breve recuento histórico sobre este contrato, para de esta manera entender su justificación, sus características, sus alcances y sus limitaciones. Por lo tanto se estudiará desde sus inicios hasta la época contemporánea.

1.6 OBJETIVOS.

Partiendo de la importancia que siempre han tenido los contratos como forma de regular las relaciones y operaciones de comercio entre los particulares, se hará un análisis sobre su regulación actual. Tomando en cuenta la teoría general de las obligaciones, los elementos del contrato, su clasificación y la forma y métodos para dirimir controversias en caso de que las hubiera.

De la misma forma se estudiará el concepto de los contratos jurídicos atípicos. Prestando particular atención a sus antecedentes, concepto legal, clases, peculiaridades, doctrina y tesis jurisprudenciales.

1.6.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Debido a que las cuestiones referentes a los contratos atípicos son varias, en esta investigación se buscará específicamente analizar la razón para que México regule de forma más equitativa el contrato de franquicia en su regulación

interna. Es necesario esclarecer la conveniencia que supone la creación de dispositivos legales más avanzados y prácticos que protejan de forma justa y bilateral a las partes de este contrato.

Además esta necesidad no solo atañe a los comerciantes, sino a la misma sociedad pues la franquicia constituye un importante aporte al Producto Interno Bruto y a la recaudación fiscal del país; da la oportunidad a inversionistas y personas con afán de independizarse a invertir en un negocio probado, disminuyendo su riesgo y haciéndose parte de un sistema mayor y con experiencia; es una importante fuente de creación de empleos de diferentes niveles y requerimientos; otorga a los empresarios una excelente alternativa de expansión a sus negocios; y asegura a los consumidores a recibir una alta calidad de servicios y productos, a precio justo, dentro del escenario de libre competencia.

1.7 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.

Para probar la hipótesis y llegar a los objetivos planteados en esta investigación, será necesario hacer un análisis de:

- * Someros aspectos de la evolución del contrato de franquicia en México y el mundo.
- * Elementos, características, clases, terminología, concepto e importancia actual de la franquicia.
- * Aspectos básicos de derechos comparativos en materia de franquicias.
- * Conocer la fundamentación legal vigente en México dentro de la que se enmarca un sistema de franquicias y detectar sus posibles deficiencias.

- * Número de franquicias y puntos de venta registrados en México, para determinar su importancia jurídica.
- * Temas que deben estar regulados en el Contrato de Franquicias y que no lo estan.
- * Ventajas y desventajas del sistema de franquicias.
- * La importancia de unificar criterios para realizar un proyecto legislativo que conlleve a la regulación de este contrato.
- * Métodos de interpretación jurídica en caso de controversias y autoridad competente para conocer del asunto.
- * La Franquicia y su relación con la legislación anti monopólica.

1.8 METODOLOGÍA Y TÉCNICAS.

El proceso empleado para la elaboración de esta tesis será el método hipotético deductivo. El cual será soportado mediante las técnicas de investigación de campo e investigación bibliográfica. Dentro de ésta última, se deberán considerar el empleo de material documental, hemerográfico y electrónico para analizar el tema en cuestión.

CAPÍTULO II

“PERSPECTIVA GLOBAL DE LAS FRANQUICIAS EN EL DERECHO COMPARADO.”

SUMARIO.

2.1 Las franquicias y la Ley en Estados Unidos de Norteamérica.

2.1.1 Antecedentes de la legislación.

2.1.2 El Reglamento de la Comisión Federal de comercio y la circular de oferta uniforme de franquicias (UFOC).

2.1.3 La cláusula de no competencia en los Estados Unidos de Norteamérica.

2.1.4 Algunas restricciones impuestas a los franquiciadores.

2.1.5. Asociación internacional de franquicias (IFA).

2.1.6. La Asociación nacional de franquiciatarios y distribuidores (AAFD).

2.2 España y el Código Deontológico Europeo.

2.3 Argentina.

2.4 Brasil.

2.5 Algunos Organismos Internacionales relacionados con la Franquicia.

2.1 LAS FRANQUICIAS Y LA LEY EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

2.1.1 ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN.

Si bien el sistema de franquicias ha tenido una aceptación general tanto por parte del comercio como del público ¹ para un pequeño segmento de la población

¹ Según datos de la IFA se estima que hay 1,500 compañías de franquicias en los EE.UU. que operan a través de 320,000 comercios minoristas, y 75 industrias distribuyen productos o servicios a través del sistema de franquicias. Ahora de acuerdo al Departamento de Comercio de Estados Unidos las franquicias generan el 13% del Producto Nacional Bruto y

estadounidense conserva una imagen algo desfavorable, contraída en parte, durante la década del 60 y principios de los 70, cuando varios truculentos vendedores de franquicias engañaban a inversionistas y consumidores.

Algunas de estas estafas y administraciones deficientes de la franquicia llegaron a las primeras planas de los principales periódicos con historias de personas que eran despojadas de los ahorros de toda su vida simplemente por haber confiado en falsas promesas de alcanzar el éxito comercial mediante la adquisición de una franquicia supuestamente rentable.

Para ejemplificar lo anteriormente dicho, una de tantas franquicias que fracasaron y que recibieron una cantidad bastante grande de cobertura por parte de los medios de comunicación, fue la de Wild Bill's, franquicia de hamburguesas que estafó impunemente a muchos franquiciatarios ingenuos que compraron dicha franquicia a un costo muy elevado y los cuales jamás pudieron abrir su local porque los dueños de la franquicia no cumplieron con la asistencia técnica a la que originalmente se habían comprometido.

Este tipo de situaciones en aquella época se volvieron de lo más común, de hecho los franquiciatarios constantemente se quejaban que nunca sabían nada de sus franquiciantes hasta que dejaban de pagar alguna regalía.

Otra situación muy frecuente en esos años, era que los franquiciantes ponían demasiado énfasis en la venta de su franquicia y no en el producto o servicio que iban a franquiciar. Por lo que intencionalmente o no, se originaron una serie de problemas provocados por malos entendidos, errores de cálculo, declaraciones falsas o simplemente dolosas.²

este sector proporciona 9 millones de empleos, además de que 1 de cada 12 negocios es una franquicia, y 1 de cada tres dólares que se gastan en nivel del menudeo son establecimientos franquiciados.

² **BORIAN**, Donald, "Las Ventajas del Franchising", Ed Macchi, Buenos Aires 1993,pp.102.

Estos inconvenientes dieron lugar a demandas cada vez más numerosas por parte de la población para que el gobierno interviniera de forma inmediata y de esta forma se frenara la ola de abusos cometidos en este sector.

California fue el primer Estado en prestar atención a esas exigencias. Testigo de importantes pérdidas que muchos de sus residentes estaban sufriendo a manos de franquiciantes sin escrúpulos y en respuesta a una cantidad creciente de irregularidades jurídicas en la materia, promulgo en 1971 la primera Ley estatal relacionada específicamente con las franquicias. A partir de entonces, toda compañía que deseara vender franquicias debía registrarse antes de ofrecer o vender sus franquicias en California, e imponía un período de capacitación antes de que pudiese cerrar una venta. También obligaba a los franquiciadores a entregar a los posibles franquiciatarios una copia del contrato de franquicia, otra de sus estados financieros más recientes y una más del documento de presentación, lo que en realidad convertía la oferta de la franquicia en un contrato oficial por escrito que el Estado tenía derecho a revisar.³

Esta ley desalentó a los franquiciantes poco éticos a realizar negocios que no tuvieran bases sólidas y transparentes. También sirvió de precedente para que otros Estados de la Unión Americana modificaran su legislación y adoptaran medidas muy similares como la obligación registral y la publicidad precontractual.

2.1.2 EL REGLAMENTO DE LA COMISION FEDERAL DE COMERCIO Y LA CIRCULAR DE OFERTA UNIFORME DE FRANQUICIAS (UFOC).

“Después de ocho años de audiencias públicas y comentarios, que generaron más de 30 mil páginas de testimonios y documentaron más de 5 mil quejas de consumidores acerca de la industria de las franquicias, en octubre de 1979 la Comisión Federal de Comercio finalmente promulgó su reglamento sobre

³ RAAB, Steven, MATUSKY Gregory, “Franquicias: Como multiplicar su negocio”, Ed. Limusa, México 2002, pp. 122.

las franquicias a escala nacional.”⁴ Al igual que el ordenamiento de California, el de la Comisión Federal de Comercio establecía el derecho al franquiciatario de obtener información confiable acerca del negocio del franquiciador. Además este nuevo reglamento estipulaba que sería ilegal, “cualquier oferta o venta de una franquicia dentro de los Estados Unidos de Norteamérica si ésta no iba presidida de la entrega de un documento de presentación durante el primero de los siguientes acontecimientos:

- 1) La primera reunión personal para discutir la venta de la franquicia;
- 2) Cuando menos 10 días hábiles antes de la firma de cualquier contrato de franquicia; o
- 3) Cuando menos 10 días antes de efectuar cualquier pago al franquiciante.”⁵

Este estatuto federal definió por primera vez el tipo de relación comercial que se considera como franquicia y eximió, entre otras, a relaciones tales como licencias de marca registrada y afiliación en cooperativas de propiedad del comerciante minorista.⁶

Ahora bien, el reglamento de la Comisión Federal de Comercio es de aplicación nacional, lo que significa que todos los Estados americanos están obligados forzosamente a cumplirlo. No obstante, hay Estados que imponen normas locales más estrictas que las federales y que tienen prioridad sobre el reglamento de la Comisión Federal de Comercio siempre y cuando no estén en contra de dicho ordenamiento.

Dentro de estos dispositivos estatales, la Circular de Oferta Uniforme de Franquicias (UFOC) es sin duda el método más popular por su alto grado de

⁴ PURVIN, Robert, “Fraude en las franquicias”, Ed. Cecs, México 1997, pp. 194.

⁵ RAAB, Steven, MATUSKY, Gregory, “Franquicias: como multiplicar su negocio”, Ed. Limusa, México 2002, pp. 124.

⁶ Idem 125.

eficiencia. Se trata de un documento complejo, cuyo objetivo es recavar un informe sumamente detallado sobre los franquiciantes y sus franquicias.

Aunque la Circular de Oferta Uniforme de Franquicias es más exhaustiva en sus requisitos que el reglamento de la Comisión Federal de Comercio, ambos formatos exigen la divulgación de una gran amplitud de información. En la práctica diaria de los negocios, la Circular de Oferta Uniforme de Franquicias es la circular más utilizada de las 2 formas e incluye los siguientes puntos:

- Descripción del franquiciante y sus antecesores.
- Identidad y experiencia en los negocios de los ejecutivos y directores.
- Historia de litigios.
- Pago inicial para las franquicias.
- Costos y honorarios adicionales.
- Inversión inicial del franquiciatario.
- Requisitos para comprar o alquilar de los recursos asignados.
- Requisitos para comprar a proveedores aprobados.
- Acuerdos para la financiación del franquiciatario.
- Obligaciones del franquiciante.
- Protección de territorios.
- Marcas registradas, nombres comerciales y marcas de servicios.
- Patentes y derechos de autor.
- Requisitos solicitados al franquiciatario para operar el negocio.
- Restricciones en la venta de bienes y servicios.
- Renovación, cancelación o cesión de la franquicia.
- Promoción, cancelación o cesión de la franquicia.
- Promoción de una persona pública.
- Declaración de ingresos (opcional).
- Nombres, direcciones y teléfonos de franquiciatarios actuales y anteriores.

- Estados financieros.
- Copias del contrato de franquicia y de otros contratos y acuerdos.

“Por la omisión o adulteración material de la información contenida en la Circular de Oferta Uniforme de Franquicias o en el reglamento de la Comisión Federal de Comercio, un franquiciante podrá ser severamente sancionado sin importar si lo hizo de manera intencional o accidental. El monto por la infracción puede llegar hasta 10,000 dólares por violación.”⁷

Por último, es importante establecer que los norteamericanos siguen debatiendo la posibilidad de crear mecanismos jurídicos aún más eficientes de los que ya poseen.

Por ejemplo en 1992, el congresista **John LaFalce**, tras echar un vistazo muy cuidadoso a la industria de las franquicias y de elaborar un amplio reporte sobre la materia, decidió presentar 2 iniciativas de Ley⁸ ante el congreso con el fin de subsanar las deficiencias del sistema y detener muchos de los principales abusos a los que son sometidos los franquiciatarios.⁹

Desgraciadamente, las iniciativas de **LaFalce** no fueron aprobadas en ese momento, pero esto no quiere decir que estas no fueran tomadas en cuenta para la elaboración de los nuevos proyectos legislativos que próximamente se presenten ante el Congreso.

2.1.3 LA CLÁUSULA DE NO-COMPETENCIA EN EUA.

En Estados Unidos de Norteamérica, al igual que en otros países, la mayoría de los contratos de franquicia contienen disposiciones por medio de las cuales el franquiciatario acuerda no competir con el franquiciante a la terminación

⁷ **BORIAN, Donald** “Las ventajas del franchising”, Ed. Macchi, Buenos Aires 1993, pp. 104.

⁸ Estas Leyes fueron: La Ley Federal de las Franquicias y Protección al Consumidor y la Ley Federal de Practicas Limpias de Franquicia.

⁹ **PURVIN, Robert**, “Fraude en las franquicias”, Ed. Cecs, México 1997, pp. 200.

del contrato. Casi todas estas cláusulas prohíben al franquiciatario ejercer actividades de competencia en la misma unidad franquiciada o en las cercanías. De hecho, frecuentemente la disposición contractual va mucho más allá, pues obliga al franquiciatario a no competir cerca de otra unidad franquiciada o de alguna tienda propiedad de la compañía.

La justificación de los convenios de no-competencia tiene sus raíces en la ley básica del contrato. Como sociedad, la jurisprudencia estadounidense respeta la santidad de los contratos. Si dos personas acuerdan que uno, no competirá con el otro al término de una relación de negocio, las Cortes respetarán el acuerdo. De hecho, muchos Estados impiden la obligatoriedad de la cláusula de no-competencia debido a que el derecho de los ciudadanos al trabajo es una política pública dominante.

Los pros y los contras de los convenios de no-competencia en los contratos de franquicia son temas bastante oscuros. De hecho, hay una gran división en relación con la obligatoriedad de los convenios de no-competencia en los Estados Unidos de Norteamérica. Cada Estado permite dichos convenios en determinadas circunstancias, pero por razones de política pública, muy pocas jurisdicciones respetarán una cláusula de no-competencia que impida a un individuo ganarse la vida.

Sin embargo, con excepción de California, virtualmente cada Estado hará obligatoria una disposición de no-competencia en un acuerdo de franquicia, advirtiendo que la cláusula es razonable en tiempo y distancia. Esto significa que un franquiciatario que desea la terminación puede impedírsele competir con su franquiciante dentro de un radio razonable a partir de la localización de la franquicia y por un periodo determinado (por lo general no más de 2 años).

2.1.4 ALGUNAS RESTRICCIONES IMPUESTAS A LOS FRANQUICIADORES.

Las leyes que defienden la libre competencia económica en los Estados Unidos de Norteamérica son sumamente rígidas y explícitas ya que son la base fundamental de su modelo neoliberal.

Con relación a la franquicia y para la sorpresa de muchos, son muy pocos los empresarios americanos que son conscientes de que los franquiciantes tienen prohibido fijar los precios. Los franquiciantes pueden sugerir ciertos precios al menudeo a sus franquiciatarios, pero las leyes sobre restricción al comercio le prohíben establecer una lista de precios para todo su sistema. “Para la mayoría franquiciantes, éste sólo es un problema secundario pues consideran que los propietarios locales, más cercanos al consumidor, están mejor capacitados para ajustar los precios de acuerdo con las exigencias del mercado y la competencia. Sin embargo, hay sectores donde el precio refleja la calidad y la imagen del producto. En ellos, un descuento equivale a destruir la imagen del producto y la lealtad de los consumidores. Sin contar que se corre el riesgo de desencadenar una guerra de precios que acabe por menguar los ingresos totales del sector.”¹⁰

De manera similar, en una franquicia con el típico formato de negocio, los franquiciantes no pueden obligar a los franquiciatarios a que les compren todos sus productos de forma exclusiva. Podrán poner sus productos a disposición de los franquiciatarios y recomendarles por todos los medios que se los compren, pero no podrán exigirles que lo hagan a la fuerza, salvo que hayan utilizado algunas técnicas contractuales para controlar la calidad del producto franquiciado.

Existen tres técnicas para escoger:

- I. Designación de Proveedor: si el producto abastecido es de primordial importancia para el negocio franquiciado, sobre todo cuando se trata de

¹⁰ RAAB, Steven, MATUSKY Gregory, “Franquicias, Como multiplicar su Negocio, Ed. Limusa, México 2002, pp 139.

decisiones subjetivas de sabor, entonces el franquiciante puede nombrar a un proveedor al que el franquiciatario deberá comprar sus productos.

II. Aprobación del Proveedor: si el producto – aunque sea importante – implica un control menos estricto sobre el proveedor o está más abierto a una evaluación subjetiva, entonces el franquiciante puede optar por elaborar una lista de los posibles proveedores en la cual cada franquiciatario podrá escoger el que más le convenga.¹¹

III. Emisión de las Especificaciones: este se utiliza cuando no se requiere. Un análisis subjetivo y cuando es posible encauzar a los franquiciatarios por medio de directrices escritas para que compren a cualquier proveedor cuyos productos o servicios cumplan determinados requisitos.

Para concluir, las restricciones también llegan a afectar las promociones. Un franquiciante puede gastar millones de dólares en desarrollar una nueva promoción sólo para encontrarse con que algunos franquiciantes se niegan a participar en ella. Como franquiciante, no hay forma de que los obligue a participar. Por ello, muchos anuncios de productos y servicios que se venden a través de franquicias limitan la oferta con una leyenda que dice “ sólo con los franquiciatarios participantes”.

Como se puede observar, la legislación sobre la restricción al comercio en los Estados Unidos de Norteamérica puede llegar a obstaculizar seriamente muchas de las condiciones habituales en la contratación y operación de las franquicias, por considerarlas contrarias a las normas de la competencia.

2.1.5. ASOCIACION INTERNACIONAL DE FRANQUICIAS (IFA).

¹¹ Al igual que en el caso de los proveedores designados, el franquiciante puede meterse en dificultades de carácter legal si obliga a sus franquiciatarios a comprar a los proveedores aprobados a fin de obtener un beneficio económico para sí mismo.

Los franquiciantes más sólidos de Estados Unidos de Norteamérica pertenecen a esta poderosa asociación comercial fundada en 1960 por **William Rosenberg** y otros pioneros que tenían la visión de lo que era y de lo que podría ser el sistema de franquicias.

“Actualmente es la primera Organización de franquicias en el mundo y su código de ética representa un modelo de integridad al que todo franquiciador debe apegarse. Además ofrece una variedad de servicios que no pueden encontrarse en ningún otro sitio, inclusive ferias comerciales, programas educativos, publicaciones importantes y un grupo de profesionales en franquicias que ayudan y asesoran a sus miembros y al público en general”.¹²

2.1.6. LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE FRANQUICIATARIOS Y DISTRIBUIDORES. (AAFD).

Como consecuencia inmediata de la formación de la Asociación internacional de franquicias (IFA), un grupo de franquiciatarios tuvieron la idea de crear un organismo similar a esta asociación con la única diferencia de que los intereses a defender serían los suyos y con esto buscarían contrarrestar la enorme fuerza de los franquiciantes.

La primera asociación de la que se tiene noción, fue la asociación independiente de franquiciatarios de Mc Donalds, la cual fracasó rotundamente, pero sentó las bases para que se crearan otras nuevas asociaciones que lucharan por sus derechos.

Actualmente, existen varias asociaciones en los Estados Unidos de Norteamérica, pero la que se considera más importante es la Asociación Estadounidense de Franquiciatarios y Distribuidores (AAFD). Esta asociación se ha destacado por promover distintos criterios para la selección de franquicias y se

¹² Ver www.franchiseorg./spanishfacts.asp Fecha de consulta octubre 23 de 2005.

ha abocado al reconocimiento de la Declaración de los Derechos del Franquiciatario dentro de los cuales destacan por su ingenio y novedad los siguientes:

- El derecho a una igualdad en los negocios franquiciados.
- El derecho a la información completa por parte del franquiciante.
- El derecho a la resolución local de las disputas y la protección de las Leyes y de las Cortes que rijan en la jurisdicción del franquiciatario.
- Un derecho razonable para renovar la franquicia y el derecho para no enfrentar la terminación a no ser que exista una causa por ello.
- El derecho recíproco de terminar el contrato de franquicia por una causa razonable y justa.
- El derecho de competir a la post-terminación.

“Con este tipo de asociaciones los franquiciatarios están comenzando a ver que una fuerte integración entre ellos puede generar el anhelado equilibrio necesario para recobrar la justicia y la equidad en la industria de la franquicia. De hecho, su mayor reto es lograr una fuerza política sustancial para generar una legislación protectora bastante fuerte”.¹³

2.2. ESPAÑA Y EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA FRANQUICIA EUROPEA.

2.2.1. ESPAÑA Y SU LEGISLACIÓN CONCRETA SOBRE FRANQUICIAS.

La franquicia surgió en España en los años 70 cuando entraron las grandes cadenas franquiciadoras y desde entonces su crecimiento al igual que en México ha sido espectacular. Según datos publicados por la Asociación Española de Franquiciadores, el número de franquicias superaba las 560 en el año 2,000, con

¹³ PURVIN, Robert, “Fraude en las franquicias”, Ed. Cecsca, México 1997, pp.260.

más de 25,000 establecimientos y una facturación que representaba aproximadamente el 5% del total del comercio minorista.

Ahora, pese a la difusión de la franquicia como sistema de cooperación comercial, no existe en el derecho positivo español una disposición expresa relativa a estos contratos en si. Solo cabría aludir a los principios y disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que se refieren al perfeccionamiento de los contratos y a la autonomía de la voluntad de las partes, tales como los artículos 1255, 1258 y 1278 del Código Civil y 51 y 52 del Código de comercio.¹⁴

Esto no significa, desde luego, que la franquicia no haya merecido la mínima atención del legislador. Existen diversas disposiciones que, expresamente, se refieren al contrato de franquicia. Pero lo cierto es que la aproximación del legislador hacia este contrato ha sido siempre parcial, tratando de regular aspectos específicos de la relación y con la finalidad de proteger un interés muy concreto.

Dentro de esta aproximación parcial del legislador al sistema de franquicia encontramos los siguientes ordenamientos:

- ❖ El artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista define los acuerdos de franquicia como “la actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho de explotación de un sistema propio de comercialización de productos y servicios”.
- ❖ El Real Decreto 2485/1998 que desarrolla el artículo 62 antes mencionado y crea el Registro de franquiciantes. Este dispositivo obliga al franquiciante a hacer entrega al franquiciatario de la información precontractual, que consiste en informar por escrito y con antelación de

¹⁴ Ver www.delitosinformaticos.com/trabajos/franquiciashtm fecha de consulta 23 de octubre de 2005.

al menos 20 días a la firma de cualquier pacto o cualquier clase de pago, sobre los aspectos esenciales de la relación jurídica. También establece que en caso de incumplimiento de la obligación de inscripción, el franquiciante infractor se hará acreedor de una fuerte sanción económica.

También serán aplicables las siguientes Leyes:

- ❖ Ley 32/1988, de 20 de noviembre, de marcas y la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, puesto que es habitual la inclusión en los contratos de franquicia, cláusulas relativas a la cesión y al uso de tales derechos de propiedad intelectual.
- ❖ El reglamento (CE) numero 2790/1999 de la Comisión recoge en el artículo 5 las cláusulas de no competencia que son compatibles con la exención prevista en esta norma. Respecto a la limitación de la competencia durante la vigencia del contrato de franquicia, el apartado **a)** autoriza el empleo de este tipo de cláusulas cuando su duración no exceda de 5 años. En cuanto a la limitación de la competencia tras la extinción del contrato de franquicia, el apartado **b)** de este artículo autoriza cualquier obligación que prohíba al franquiciatario desarrollando su actividad, siempre que esta obligación se refiera a bienes o servicios que compitan con los contractuales, sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el franquiciante al franquiciatario y no exceda de un año tras la expiración del acuerdo.

Otro aspecto que llama la atención es que la jurisprudencia Española a raíz de controversias suscitadas en el pasado, ha elaborado una definición sumamente completa sobre la franquicia y es la siguiente:

“STS de 27 de septiembre de 1996 (r.Ar.6646): Declara el alto Tribunal que:
“desde un punto de vista doctrinario ha sido definida a la franquicia como aquél

contrato que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cuál una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciatario) el derecho de utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciatario, contra entrega por éste de una contraprestación económica” [definición reiterada en STS de 30 de abril de 1998 (R.Ar.3456) y STS de 2 de octubre de 1999 (R.Ar. 7890)].”¹⁵

Ahora bien, a pesar de que en los últimos años la franquicia en España ha experimentado un gran crecimiento, hasta el momento no se han solucionado dos de sus principales problemas, como son la falta de financiamiento y su escasa regulación y control legal. “Tal es así que en caso de un enfrentamiento legal entre ambas partes, resulta muy difícil procesar a alguna de ellas”.¹⁶ Por lo mismo se hace necesario al igual que en México, una regulación que no deje al contrato al libre albedrío de las partes, que evite cláusulas abusivas y que refleje claramente, las obligaciones y derechos de las partes.

2.2.2. CÓDIGO DEONTOLÓGICO EUROPEO DE LA FRANQUICIA.

España es miembro de la Unión Europea y por lo tanto es adherido a la mayoría de Tratados, Códigos y Leyes que se han elaborado para mejorar diversas situaciones económicas, sociales y políticas de la región.

La **Federación Europea de Franquicias (EFF)**, constituida en 1972 con el fin de estudiar detallada y objetivamente la relación de franquicia, promocionarla como alternativa de negocio y defender los intereses de sus integrantes, elaboró el Código Deontológico Europeo de la Franquicia para reflejar la conducta que deben

¹⁵ **LÁZARO SANCHEZ, Emilio**, “El contrato de Franquicia: Aspectos básicos”, Ed. Universidad de Múrica, Múrica 2000, pp. 96.

¹⁶ Ver www.conferco.es/franquic/franpas1.htm fecha de consulta 20 de octubre de 2005.

seguir los usuarios del sistema de franquicias en Europa. Su pretensión no es sustituir la normativa vigente, sino orientar a los franquiciatarios sobre las pautas de comportamiento que deben seguir, así como de servir de recuerdo y guía a los ya implantados.

Los miembros adheridos a la **Federación Europea de Franquicias (EFF)** aceptan el Código y se comprometen a no modificarlo de ninguna manera. Sin embargo, no se descarta la posibilidad de que las diferentes naciones integrantes, dadas sus características diferentes, establezcan cláusulas específicas (que nunca podrán ser contradictorias a lo establecido en el Código Deontológico Europeo).

“El Código Deontológico Europeo de la Franquicia entro en vigor el 1 de enero de 1991“.¹⁷

Dentro de las disposiciones más interesantes que se encuentran en este ordenamiento con relación a las obligaciones de las partes están las siguientes:

- El franquiciante deberá haber explotado con éxito un concepto de negocio, durante un período de tiempo razonable, y como mínimo una unidad piloto antes de poner en marcha la red de franquicia.
- El franquiciatario deberá suministrar datos operativos verificables para poder determinar el funcionamiento de la franquicia y los estados financieros necesarios para orientar una gestión efectiva, y permitir al franquiciante o a su representante el acceso a sus locales y a su documentación, a petición del franquiciante y en momentos razonables.
- La publicidad para la capacitación de franquiciatarios individuales deberá estar libre de ambigüedad y de manifestaciones engañosas.
- El franquiciante puede imponer cláusulas de no-competencia o de confidencialidad para proteger su Know-how y su identidad.

- El contrato de Franquicia deberá ajustarse a la legislación nacional, a la legislación comunitaria europea y al Código Deontológico.
- Todos los contratos y acuerdos contractuales vinculados a la relación de franquicia deberán ser redactados (o traducidos en su caso por un traductor jurado) en la lengua oficial del país donde el franquiciatario individual esté establecido.

Dentro de los puntos esenciales mínimos del contrato de franquicia según el Código son intereses los siguientes:

- Productos o servicios a suministrar el franquiciatario.
- Duración del contrato, la cuál deberá ser suficiente para permitir a los franquiciatarios individuales amortizar sus inversiones iniciales específicas en la franquicia.
- Bases para cualquier renovación del contrato.
- Derecho del franquiciante a adaptar el sistema de franquicia a métodos nuevos o modificados.
- Disposiciones para la terminación del contrato y para la entrega inmediata, a la terminación del contrato de franquicia, de todo bien tangible o intangible que pertenezca al franquiciante o a otro titular del mismo.
-

2.3. ARGENTINA

Aún no se ha establecido una regulación específica en este país, por lo que las partes se encuentran sumamente desprotegidas. Su única defensa parte del principio establecido en el artículo 1197 de su Código Civil que establece que los contratos son ley inquebrantable para las partes. Esta disposición da pie ciertamente a que se cometan abusos y ventas de negocios que no están preparados, salvo en apariencia para ser franquiciados.

¹⁷ ESPALIAT CANU, Mauricio, ESPALIAT PLANAS, Patricia, "Franquicia: Una Alternativa de Trabajo Independiente",

Sin embargo, el hecho de que la franquicia no esté regulada en la República de Argentina, no quiere decir que no exista legislación que lo afecte de alguna manera. “Existen las leyes sobre tecnología, marcas o patentes, arriendo comerciales, giros de divisas, moneda extranjera, formas societarias, propiedad para extranjeros, propiedad intelectual, legislación fiscal y legislación laboral, además de opiniones dispares de alcance de la legislación sobre responsabilidad por productos defectuosos o de quiebra y jurisprudencia conflictiva, sobre responsabilidad laboral del franquiciante”.¹⁸

2.3.1 LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FRANQUICIAS Y SU CÓDIGO DE ÉTICA.

La Asociación Argentina de Franquicias, entidad privada creada en el año de 1988, tiene en vigencia desde 1991 un Código de Ética, el cuál suple de alguna manera la ausencia legal sobre este precepto y fija ciertas normas para funcionamiento de esta actividad comercial.

Las empresas que desean ingresar como socios a esta Asociación, están obligados a cumplir con algunos requisitos, como por ejemplo, “tener una marca registrada de una franquicia nacional o internacional, poseer un local piloto en donde opere el franquiciante y garantice así el éxito de la relación entre ambas partes, tener un manual de operación y entrenamiento, firmar un contrato de franquicia y brindar capacitación y asistencia a sus franquiciatarios”.¹⁹

Todas estas normas son de jurisdicción voluntaria por lo que la infracción a alguna de ellas son básicamente morales y, en última instancia, sólo conducen a la expulsión de la Asociación del miembro que las infringió.

Ed. Windsor, Madrid 2002, pp.135.

¹⁸ **GONZALES CALVILLO**, Enrique y Rodrigo, “las Franquicias la Revolución de los 90 “ Ed. Mc Grawhill, México 1994, pp.35.

¹⁹ Ver www.guiaburzaco.com.ar/FRANCHISING.htm fecha de consulta: 29 de octubre de 2005.

Por otro lado, con el fin de la protección del mercado y del sistema, la **Asociación Argentina de Franquicias (AAF)**, ha implementado el lanzamiento de un sello de calidad otorgado a aquellas franquicias que acrediten una serie de especificaciones. “El otorgamiento de esta insignia conferirá al franquiciante el derecho de exhibirlo en sus locales, en su publicidad y en sus elementos de promoción, lo que les permitirá poner en conocimiento del público y de los franquiciatarios que la empresa cuenta con respaldo y control de la asociación por haber desarrollado una franquicia en forma seria, ética y profesional”.²⁰

2.3.2. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA FRANQUICIA EN ARGENTINA.

Las primeras franquicias que se establecieron en Argentina pertenecían a empresas extranjeras. “Según datos del sector en la década de los 90’s de cada 10 franquicias que existían, 9 correspondían a marcas internacionales y solo 1 era local. Hoy, algunos años más tarde, la tendencia se revirtió: para la misma cantidad de referencia, 7 franquicias son nacionales y las extranjeras bajaron a 3”.²¹

La razón de estos cambios estadísticos se debió principalmente a la profundización de la crisis Argentina y a la vertiginosa devaluación que sufrió su moneda a partir de diciembre del 2001. Esta delicada situación forzó a las franquicias a retroceder el poco camino ganado y a replantearse nuevas estrategias para defenderse de la recesión y seguir creciendo con creatividad.

Lo primero que se planteó fue la necesidad de exportar sus marcas al exterior, ya que la inestabilidad político - económica, junto a la caída del consumo, hacían de este país un mercado sumamente débil. Por lo tanto surgieron varios proyectos exportadores que están a punto de cristalizarse en países como México, Brasil y España.²²

²⁰ Idem.

²¹ Ver Rankin 2001 de franquicias en la Argentina, Franchising Magazine, numero 26.

²² Ver www.pcram.com.ar Fecha de consulta 22 de octubre de 2005.

Con relación a las marcas extranjeras, muchas de ellas se fueron a pique debido a la imposibilidad de los franquiciatarios en pagar las regalías y otras cuotas en monedas duras. Lo que tuvo un impacto positivo en la industria nacional por que está se fortaleció y sirvió como incentivo para que los argentinos crearan sus propias franquicias, las cuales están teniendo un gran éxito.²³

2.4. BRASIL.

2.4.1 ANTECEDENTES.

El caso brasileño es, sin duda, uno de los más interesantes y del cual más podemos aprender en México y América latina. De entrada, las franquicias en Brasil surgieron de una forma muy distinta a la de los demás países que importaron sus primeras franquicias de Estados Unidos de Norteamérica. Esto se debió a que las franquicias extranjeras fueron desalentadas a entrar en este voluminoso mercado por controles de divisas sumamente estrictos que restringían la salida de regalías y dividendos. Por ello, se produjo un fenómeno parecido al del mercado norteamericano de la postguerra, en el que ante la falta de tecnología del exterior, los brasileños desarrollaron la propia.

A mediados de los cincuenta Brasil ya contaba con tres franquiciantes que operaban de acuerdo con esquemas de primera generación. Actualmente este país cuenta con más de 900 franquicias de alta complejidad, de las cuales solo el 10% son de origen extranjero lo que lo convierte en el segundo mercado mundial de franquicias después de Estados Unidos de Norteamérica.

“El gran auge de las franquicias en este país se produjo a mediados de la década de los ochenta, después de un crecimiento muy paulatino. Este estallido no sólo se produjo en términos de volumen, sino también en cuanto a calidad y

²³ Ver www.tormo.com/franquiados/información/datos/mundo.asp fecha de consulta 22 de octubre de 2005.

tecnología de las franquicias locales, lo cual habla de la madurez de este mercado.

Esta consolidación trajo como consecuencia que hoy exista una gran variedad de franquicias brasileñas fuera de su territorio. Algunas en Estados Unidos de Norteamérica, otras en Portugal, Japón y México. La mayoría de estas franquicias son del ramo alimentario, representadas por las llamadas churrasquerías, además de algunas en el ramo del vestido y de la cosmetología”.²⁴

Según **Willian LeSante**, director gerente de la consultoría LeSante Internacional “Las franquicias brasileñas se han puesto a nivel de las norteamericanas y además generan ventas de unos \$ 7,000 millones de dólares americanos (USD) anuales”.²⁵

2.4.2. LA LEGISLACIÓN.

El 15 de abril de 1997, el Instituto Brasileño de Propiedad Industrial emitió la disposición 135/97, que estableció las normas para la aprobación de un acuerdo de franquicia. A su vez la ley 8955, del 15 de diciembre de 1994, dispuso la entrega obligatoria, a cualquiera que se postule para franquiciatario, de una circular de oferta de franquicia (COF).

La Circular de oferta de franquicia (COF) debe ser proporcionada al candidato de la franquicia al menos 10 días antes de la ejecución del contrato del acuerdo de franquicia o de un precontrato de franquicia o del pago de cualquier suma de dinero.

²⁴ **GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo**, “Franquicias: La revolución de los 90”, Ed. Mc Graw Hill, México 1991, pp. 53.

²⁵ Ver www.latintrade.com/newsite/esp/content/archives.cfm?StoryID=1656 Fecha de consulta 28 de octubre de 2005.

El contrato de franquicia debe ser firmado ante dos testigos y su validez no depende de un registro ulterior. Los contratos firmados en el extranjero deben ser también registrados en Brasil, a efectos de su publicidad frente a terceros.

Es interesante destacar que la falta de entrega de la información correspondiente al franquiciatario, o su falsedad provocan la nulidad de la relación, con la consiguiente obligación del franquiciante de devolver al franquiciatario las sumas ya pagadas por éste con interés a una tasa módica (caja de ahorro).

Dentro de las muchas previsiones que exige el artículo 3° de la Ley 8995 destacan las siguientes:

- Antecedentes del franquiciante, denominación y forma social de éste y de todas las empresas que estén vinculadas con él.
- Resultados financieros y balance de los dos últimos ejercicios del franquiciante.
- Indicación de los juicios que mantiene el franquiciante, sus empresas controladas y titulares de marcas relativas a la operación de la franquicia.
- Detalle de las inversiones destinadas a la implementación del sistema. Monto de los derechos de ingreso, monto de las instalaciones en mercaderías, otras inversiones y pagos a la fecha de entrada en operación de la franquicia.
- Detalle de las regalías periódicas o por servicios o alquileres de los equipos.
- Indicación del territorio o zona geográfica de actuación del franquiciatario.
- Situación del franquiciatario después de la terminación del contrato.

“Es interesante destacar que la Ley brasileña ha estado en vigor por más de ocho años, y se ha propiciado su reforma por una comisión ad hoc que surgió cambiar ciertas reglas, que se muestran a continuación:

- Destacar la inexistencia de una relación de empleo entre el franquiciante y el franquiciatario.
- Requisito de, al menos dos años de experiencia en la franquicia para evitar la venta de negocios no probados.
- Ampliación de la red de franquiciatarios que cubra los 24 meses anteriores a la oferta de franquicia.
- El Código Fiscal brasileño prevé que las sumas que excedan el 1% por regalías no son deducibles. La norma propone que la totalidad del pago sea deducible”.²⁶

2.4.3. EL FRACASO DE LAS FRANQUICIAS EXTRANJERAS EN BRASIL: CASO MC DONALD’S.

En Brasil hay varios ejemplos de fracasos de franquicias extranjeras que están poniendo seriamente en duda la viabilidad de este modelo comercial que antes se vendía como infalible. El fracaso de marcas tan importantes como Kentucky Fried Chicken o más recientemente los problemas financieros en los que se ha visto envuelto Mc Donald’s significan un punto de alerta al que todo mundo debe poner atención.

Algunos autores coinciden que las principales razones del fracaso de estas franquicias, fueron fundamentalmente la dificultad de alcanzar economías de escala necesarias para hacer rentable un sistema bastante sofisticado, o el error en la elección del franquiciante maestro, pero ninguno de ellos menciona que la responsabilidad pudo haber sido de errores o abusos cometidos por las propias franquicias internacionales.

²⁶ MAZAROTI, Osvaldo, “Franchising”, Ed. Astrea, Buenos Aires 2001, pp.168.

En el caso Mc Donald's, según el **Wall Street Journal** una tercera parte de los franquiciatarios de esta cadena en Brasil, han demandado a la compañía tras atravesar dificultades durante varios años en una economía altamente volátil. Entre otras cosas los franquiciatarios acusan a Mc Donald's de cobrar en exceso por la renta y debilitar su negocio al abrir demasiados locales (canibalismo).

Como antecedente, Mc Donald's llegó a Brasil en 1979, pero fue a mediados de los 90 cuando aumentó su presencia, atraída en parte por una aparente estabilidad económica. De hecho, durante un tiempo, el éxito de la cadena fue tal, que a mediados del 2000, tenía 500 restaurantes, y era el principal empleador de aquel país.

Los conflictos comenzaron en enero de 1999, cuando una importante devaluación de la divisa brasileña cambió el panorama económico de la noche a la mañana. Tanto así que el precio de los ingredientes vinculados al dólar, como el pan y la carne, aumentaron drásticamente, y las franquicias vieron como sus márgenes de utilidades prácticamente se evaporaban y sus préstamos bancarios se inflaban.

“Con una tasa de desempleo del 13% y un descenso de los ingresos reales del 30% desde fines de los 90, Mc Donald's pasó a ser un lujo para los brasileños de la clase trabajadora.

Fue así, como fastidiados de años de malos resultados y de una gerencia local rígida, 37 de las 109 franquicias en Brasil demandaron a la cadena, argumentando el no generar utilidades por mucho tiempo debido al excesivo pago de rentas, regalías, marketing, publicidad y otras cuentas. Los dueños de las franquicias manifestaron además que la compañía les cobraba como promedio el equivalente al 17% del bruto de las ventas, en contraposición con el 7% que cobra en Estados Unidos de Norteamérica.

Varios franquiciatarios también acusaron a Mc Donalds de aniquilar sus negocios con una expansión agresiva. Afirmando que la cadena de hamburguesas había saturado el mercado de la región al abrir puntos de venta prácticamente pegados”.²⁷

El panorama de Mc Donald's no es nada alentador, lo que resulta irónico al haber constituido la cabeza del sector de franquicias en América Latina por muchos años. Las pérdidas económicas y los problemas legales en los que se ha visto inmiscuido reflejan que el sistema de franquicias no es del todo invulnerable.

2.5 ALGUNOS ORGANISMOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA FRANQUICA.

2.5.1 EL INSTITUTO PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT).

La necesidad de unificar normas y criterios en materia mercantil internacional impulsó a que el **UNIDROIT** reconociera la importancia del contrato de franquicia y se aventurara a elaborar en 1998 una Guía para los Acuerdos Internacionales de Franquicia Principal que consta de 20 capítulos.

Posteriormente, en enero de 1999, el Consejo Directivo y la Asamblea General de dicho organismo, comenzaron a preparar un proyecto de ley modelo sobre la franquicia en general, el cuál entró en vigor en el 2001.

“Esta ley se limita a exigir el suministro de información precontractual.

Requiere a los franquiciantes que proporcionen a los posibles franquiciatarios la información que estos necesitan para evaluar la franquicia que se les ofrece”.²⁸

“Dentro de las disposiciones más interesantes de este ordenamiento están los siguientes:

²⁷ Periódico The Wall Street Journal. 21 de octubre de 2003.

- Definiciones de los conceptos utilizados en el texto, incluyendo una extensa definición sobre el concepto de franquicia.
- La obligación por parte del franquiciante de proporcionar un documento informativo a cada candidato, con 14 días de antelación a la fecha de la firma del contrato, o de cualquier paro relacionado con la adquisición de la franquicia.
- La información debe ser suministrada por escrito.
- Casos en los que el franquiciante está exento de la obligación de informar.
- Describe con detalles la información que el franquiciante le debe suministrar al posible franquiciatario como: experiencia comercial del franquiciante, información sobre cualquier procedimiento de quiebra, tratamiento de las ganancias y otros beneficios, naturaleza y alcance de los derechos exclusivos otorgados, limitaciones impuestas al franquiciatario, obligaciones de no competencia, comisiones, restricciones o condiciones con relación a los bienes o servicios que el franquiciatario puede vender, etc.
- El idioma en el que se va a redactar el documento informativo.
- Recursos de que dispone el franquiciatario en caso de que el franquiciante no entregue el documento informativo dentro del plazo fijado, o de que este documento contenga falsedad u omisión respecto de un hecho significativo.

- Plazos dentro de los cuales debe ejercerse el derecho de rescisión”.²⁹

Actualmente existe un debate sobre la verdadera necesidad de esta ley modelo; ya que están a su favor algunos países que propugnan que es conveniente un régimen universal unificado, pero también existen otras naciones que prefieren dejar a cada legislación un régimen propio, en particular, para un convenio que no tiene caracterización específica en múltiples jurisdicciones.³⁰

2.5.2 LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI).

La OMPI (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL) es una organización intergubernamental creada en 1967 con el objeto de promover la protección de la Propiedad Intelectual en el mundo. En 1974 se transformó en un Organismo Especializado de la ONU y recibió el mandato de administrar los asuntos de propiedad intelectual reconocidos por los Estados miembros de dicha organización.

Ahora bien, siendo que la Franquicia contempla diversos aspectos pertenecientes a la propiedad Intelectual, la OMPI (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL) ha establecido 3 elementos que debe contener esta relación comercial para fungir como tal y estos son:

- 1.- Licencia para utilizar el sistema
- 2.- Relación interactiva continúa.
- 3.- El derecho del licenciante a establecer la forma de operar el negocio.³¹

²⁹ Ver <http://www.unidroit.org/english/franchising/modellaw/modellaw-e.pdf> Fecha de consulta 1 de noviembre de 2005.

³⁰ MAZAROTI, Osvaldo, "Franchising", Ed. Astrea, Buenos Aires 2001 pp. 191.

³¹ Ver <http://www.geocities.com/itsfranchising/ARTICULO.HTML> Fecha de consulta 2 de noviembre de 2005.

Además esta Organización cuenta desde 1994 con un Centro de Arbitraje y Mediación que ofrece sus servicios a toda controversia internacional comercial entre partes privadas en el campo de la tecnología, el espectáculo y otros litigios en materia de propiedad intelectual a escala mundial³², por lo que se puede pactar en los contratos de franquicia que en caso de que se presente una disputa legal esta se ventile ante la OMPI.

³² Ver <http://arbiter.wipo.int/center/index-es.html> Fecha de consulta 2 de noviembre de 2005.

CAPITULO III

“CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y MARCO LEGAL DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO”

SUMARIO

3.1 Concepto Y Definición De Franquicia.

3.1.1 Terminología.

3.1.2 Concepto De Franquicia En Términos Comerciales O De Negocio.

3.1.3 Concepto De Franquicia En El Derecho Comparado.

3.1.4 Concepto En La Legislación Nacional.

3.2 Origen Histórico Y Evolución De La Franquicia.

3.2.1 Primeros Antecedentes En Europa.

3.2.2 El Perfeccionamiento Del Sistema.

3.3 Figuras Contractuales Afines Y Sus Principales Diferencias.

3.4 Características Básicas De La Franquicia.

3.4.1 Aspectos Generales Que Integran Una Franquicia.

3.5 Tipos De Franquicias.

3.6 Marco Legal En México.

3.6.1 Marco Internacional Legislativo Vigente Sobre Propiedad Intelectual.

3.1 CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE FRANQUICIA.

3.1.1 TERMINOLOGÍA.

Como generalmente sucede con las nuevas figuras, no existe consenso general sobre su conceptualización. Además, existen diversos tipos de franquicia, lo que dificulta aún más la uniformidad de su definición. En términos

puramente gramaticales, según el **Diccionario de la Real Academia de la lengua Española**, la franquicia es: “La libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae o por el aprovechamiento de algún servicio público en particular”¹, acepción que de muy poco sirve para evaluar el verdadero alcance de esta figura jurídica, cuya denominación esta tomada del vocablo ingles *franchising*, extraído a su vez del francés *franchisage*; con el primero de ellos se denota un privilegio especial otorgado por la autoridad, mientras que el segundo se entiende referido a una situación de inmunidad o de excepción.²

3.1.2 CONCEPTO DE FRANQUICIA EN TERMINOS COMERCIALES O DE NEGOCIO.

Básicamente, la franquicia es un esquema comercial en el que se involucran dos partes interesadas en desarrollar actividades relacionadas con la comercialización de productos o servicios de diferente índole, y a través del cual ambas buscan obtener un beneficio económico y una garantía de estabilidad para el futuro.³

Según **Phillip Kothler** en su libro titulado *Dirección de la mercadotecnia* establece como concepto de franquicia un convenio con el concesionario en el mercado extranjero, ofreciéndole el derecho de utilizar el proceso de fabricación, la marca, la patente, el secreto comercial y otros puntos de valor, a cambio de honorarios o regalías.⁴

¹ Un ejemplo típico de esta definición serían las franquicias fiscales o las postales. Las primeras hacen posible que ingrese a un país mercancías de origen extranjero sin necesidad de pagar impuestos, mientras que en las segundas se permite el acceso a un servicio público, como el servicio postal, sin que se tenga que pagar por ello.

² DÍAZ BRAVO, Arturo, “Contratos mercantiles”; Editorial Oxford, México 2002, pp. 125.

³ ESPALIAT CANU, Mauricio, ESPALIAT PLANAS, Patricia, “Franquicia: Una Alternativa de Trabajo Independiente”; Editorial Windsor, Madrid 2002, pp. 1.

⁴ KOTHLER, Phillip, “Dirección de la mercadotecnia”: Editorial Prentice Hall, México 1980, pp. 42.

Para **Pedreño**, la franquicia es un sistema comercial en que el franquiciante vende una franquicia al franquiciatario, por medio de la cual éste podrá distribuir los productos o servicios a los usuarios finales.⁵

3.1.3 CONCEPTO DE FRANQUICIA EN EL DERECHO COMPARADO.

La definición dada por la **Federación Europea de la Franquicia** es la siguiente: “se trata de un sistema de colaboración entre dos empresas distintas y jurídicamente independientes, ligadas por un contrato a través del cual una de ellas, el franquiciador, concede a otra, el franquiciatario, el derecho de explotar en unas condiciones preestablecidas y bien determinadas, un negocio concreto materializado con un emblema específico, con carácter de una ayuda y unos servicios regulares, necesarios para llevar a cabo la explotación”.⁶

El Tribunal de Primera Instancia de Paris, por Decreto del 28 de abril de 1978, establece que “la franquicia es un método de colaboración entre una empresa franquiciadora, de una parte, y una empresa franquicia de otra, cuyo objetivo es contribuir al desarrollo acelerado de las empresas contratantes, por medio de la acción común resultante de la conjunción de los recursos humanos y económicos, manteniéndose al mismo tiempo la independencia respectiva, en el marco de acuerdos de la exclusividad recíproca”.

El **Departamento de Comercio de EE.UU.** define a la franquicia comercial como una forma de licencia, por la cual el propietario o titular de un producto, servicio o método, lleva a cabo su distribución a través de revendedores afiliados.

⁵ PEDREÑO, Pedro, “Que es el Franchising”; Editorial Gudiana, Madrid 1973, pp. 175.

⁶ La EFF (European Franchise Federation) fue constituida en septiembre de 1972 con el fin de estudiar detallada y objetivamente la relación de la franquicia, promocionarla como alternativa de negocio y defender los intereses de sus integrantes. Esta Federación elaboró el Código Deontológico Europeo de la Franquicia para reflejar la conducta que deben seguir los usuarios del sistema de franquicias en Europa.

Por último de acuerdo al **Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado** (UNIDROIT), una operación de franquicia es una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado en la que el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como know how y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquél una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio.⁷

3.1.4 CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La definición legal y oficial en México de una franquicia está contenida en la **Ley de Propiedad Industrial**, en su **artículo 142**, el cuál no ha sido modificado ni reformado, siendo el original el de 1991, que establece que existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de una manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos y servicios que esta la distingue.

3.2 ORIGEN HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN DE LA FRANQUICIA.

3.2.1 PRIMEROS ANTECEDENTES EN EUROPA.

Para algunos autores, el origen de la palabra franquicia se remonta a la edad media época en la cual un soberano otorgaba o concedía privilegios a sus súbditos, quienes en virtud del mismo podían realizar actividades tales como la pesca y la caza, reservadas en todo caso a ciertas zonas del reino. Tales autorizaciones o privilegios se designaban utilizando el termino francés “franc”

⁷ El instituto internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT) es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma. Su finalidad es el examen de las vías y los métodos para la modernización, la armonización y la coordinación del derecho privado, en particular del derecho comercial, entre los Estados y entre grupos de Estados.

que significa libre. Así mismo en Francia, las ciudades con “cartas francas” eran aquellas que tenían privilegios especiales que les garantizaban ciertas autonomías o libertades, tales como la dispensa permanente de pagar tributo al Rey o al señor feudal de la región.

“Igualmente es esa época la iglesia católica concedía, a ciertos señores de tierras, autorizaciones para que actuaran en su nombre, en la recolección de los diezmos debidos a la iglesia, permitiendo que un porcentaje de lo recaudado fuera para ellos a título de comisión y el resto para el Papa”.⁸

“Su primer significado comercial se refiere a la liberación de impuestos en la organización de ferias o mercados medievales en las que intervenían los comerciantes, este significado llegó hasta la época absolutista”.⁹

Al final de la Edad Media, la palabra y su práctica desaparecieron en Francia. La primera generación de franquicias comerciales, conocida como sistema de puntos de ventas cautivos, surgió en el siglo XVIII entre los cerveceros alemanes que contrataban con las tabernas de venta de cerveza de su marca exclusivamente.¹⁰

3.2.2 EL PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA.

“La Franquicia tal y como la conocemos en la actualidad, nace durante la década de 1850 a 1860, la Singer Sewing Machine Company resolvió cambiar su estructura básica de funcionamiento, estableciendo una red de concesionarios a quienes se les cobraba una participación por el derecho de distribuir sus máquinas de coser en territorios específicos debido a los altos costos laborales que implicaba el sostenimiento de numerosos vendedores directos. Aunque la Singer mantuvo este esquema tan sólo por 10 años, haciendo a Singer una de

⁸ GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, “Las franquicias la revolución de los 90”, Editorial Mc Graw Hill, México 1994, pp.32.

⁹ HERNANDO GIMENÉZ, Aurora “El contrato de la franquicia de empresa”; Editorial Civitas, Madrid, 2000, pp. 11.

¹⁰ Ver www.conferco.es/franquic/franpas1.htm Fecha de consulta 5 de Noviembre de 2005.

las marcas más reconocidas en el territorio americano, sembró las bases del actual sistema de franquicias, habiendo sido ésta, una franquicia de producto y marca, dando origen a los elaborados sistemas de franquicias con que contamos actualmente”.¹¹

No obstante lo anterior, la utilización masiva del sistema de franquicias por el sector privado comenzó en Norte América en 1865, al finalizar la Guerra de Secesión, como forma de expansión de las actividades de los industriales del norte en colaboración con viajeros y comerciantes del sur y oeste.

Tal es el caso de las compañías manufactureras que en ausencia de capital y de personal capacitado para desarrollar y operar establecimientos minoristas, otorgaban derechos exclusivos de distribución a comerciantes independientes.

En 1898, la General Motors adoptó un sistema similar, ya que no contaba con los recursos para abrir puntos de comercialización propios, viéndose en la necesidad de otorgar concesiones. Las compañías petroleras y de auto partes siguieron el ejemplo de las dos anteriores, logrando con este sistema expandir la distribución de sus productos, sin capital ni riesgos propios.

En esta misma época la industria de refrescos comenzó a utilizar igualmente el sistema de franquicias. En este caso, la embotelladora, recibía el concentrado, o el derecho de producir el concentrado, mediante la utilización de una formula, junto con el derecho de producir los refrescos, identificados con la marca del franquiciador y de distribuirlos en un área exclusiva.

Por su parte el dueño de la marca realizaba la publicidad, el mercadeo y otros servicios de apoyo, exigiéndole al franquiciatario la producción de los refrescos, obviamente bajo estrictos criterios de calidad previamente definidos.

¹¹ GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique, “La Experiencia de las franquicias”; Editorial Mc Graw Hill, México 1994, pp.36.

En 1899, mediante la utilización de este sistema, la empresa Coca Cola se convirtió en la primera embotelladora del mundo. Para esa época Coca Cola operaba directamente sus fuentes de soda donde expedían sus productos; sin embargo, algunos inversionistas lograron convencer a la firma para que les otorgara el derecho a proveerse, por parte de Coca Cola, del concentrado necesario para embotellar la bebida en las instalaciones del franquiciatario, quien se encargaría de distribuirla a nivel regional. El franquiciatario, absorbía así el 100% del costo de instalación y se encargaba de su manejo, a cambio de recibir el concentrado necesario para el producto y el apoyo publicitario centralizado.

Conforme crecía la demanda del producto, los franquiciatarios de Coca Cola vendieron a su vez franquicias a otros. De esta manera subfranquiciaron el negocio, de forma que adquirirían de Coca Cola el concentrado que luego, con su respectivo sobre precio, revendían a sus subfranquiciatarios. De este modo suplieron la falta de recursos y de habilidad administrativa necesarios para llegar directamente a todo su mercado nacional.

En 1921, la empresa Hertz Rent a Car resolvió ampliar la red de distribución a través de concesiones similares a las franquicias.

Paralelamente en Francia, en ese mismo año, la fabrica de lanas “La Lainiere Roubaixi” trataba de asegurar salidas comerciales para la producción de una nueva planta y para tal efecto, se asoció con un número de detallistas independientes ligados por un contrato que les garantizaba la exclusividad de la marca en un sector geográfico determinado.

Por la importancia de estos hechos, ocurridos en Estados Unidos de Norteamérica y Francia en forma simultánea, es que muchos expertos en el tema sitúan en 1929 el nacimiento del sistema de franquicias.

Finalizada la Segunda Guerra mundial, muchísimos soldados desmovilizados, con un pequeño capital, pero sin información comercial y técnica, se acogieron a la franquicia, como medio de tener un negocio, apto para sus necesidades.¹²

Pero en realidad las franquicias no tuvieron el apoyo y el reconocimiento público hasta la década de 1950, cuando los restaurantes y los hoteles empezaron a aparecer como auténticos clones a través de todo Estados Unidos de Norteamérica. El ejemplo más claro es el caso de Mc Donald's.

Todo comenzó cuando Ray Kroc, vendedor de profesión, se interesó por primera vez en las comidas rápidas en 1954, cuando observó el éxito que habían logrado los hermanos Mc Donald con un pequeño restaurante en las afueras de San Bernardino California. Es así, como decidió convencer a los dueños de la hamburguesería a desarrollar un novedoso sistema para expandir su negocio sin poner en riesgo capital propio y con aparentes ganancias para todos. Después de mucho insistir, se firmo un acuerdo por medio del cual Kroc vendería el negocio a operadores independientes y los hermanos participarían en las utilidades.

En 1955, se inauguró el primer restaurante franquiciado, y para 1960 ya había 200 en la unión americana. En la actualidad, McDonalds es el líder indiscutible de las comidas rápidas y las franquicias, con más de 25,000 unidades en todo el mundo, incluyendo países como China y la Ex Unión Soviética y reportando ventas anuales de \$36,000 millones de dólares. Hoy, la compañía sigue abriendo un establecimiento nuevo cada 12 horas.

El éxito de Mc Donald's dependió de su devoción casi fanática por la consistencia y el control de calidad. Desarrollaron un método o formato de negocio donde los concesionarios tenían que cumplir cada especificación a

¹² CHULÍA, Vicente, BELTRÁN, Teresa, "Aspectos jurídicos de los contratos atípicos"; Editorial Bosch, España 1999,

rajatabla. Además la uniformidad de Mc Donalds iba dirigida a una nueva generación de clientes de alta movilidad, por lo que una hamburguesa debía saber igual en Nueva York como en Houston.

“Debido al gran renombre que adquirió Mc Donalds en pocos años, muchos hombres emprendedores captaron el mensaje y se apropiaron de la idea al empezar a franquiciar todo tipo de productos y servicios. Es así, como esta singular forma de negocios se convirtió en una de la ideas más redituables que existen actualmente en el mundo”.¹³

3.2.3 LA FRANQUICIA EN MÉXICO COMO CONSECUENCIA DEL MODELO NEO LIBERAL.

“La franquicia tal y como la conocemos hoy, irrumpió tarde en el mercado mexicano, porque aunque hizo su aparición en la década de 1950, si bien de modo embrionario y sin un claro perfil autónomo”¹⁴, no fue hasta mediados de los años ochenta cuando se empezó a expandir y la de los noventa cuando comenzó a triunfar este sistema de comercialización, aun a pesar de su antigüedad en el mercado americano y su pionero asentamiento europeo en el francés.

La historia de las franquicias en México, está dividida en antes y después de enero de 1990, fecha en que se decretó el nuevo Reglamento de Transferencia de Tecnología, ya que antes, era muy difícil la entrada de las franquicias a nuestro país debido principalmente a la falta de un marco jurídico adecuado, y por la deficiente legislación en materia de propiedad industrial, además de la falta de reconocimiento oficial al sistema de franquicias. Por lo tanto, era necesario establecer las condiciones propicias para que las empresas extranjeras ingresaran con confianza al mercado mexicano y gozaran de cierta certeza jurídica que las protegiera de los abusos y arbitrariedades del gobierno.

pp. 171.

¹³ RAAB, Steven, MATUSKY, Gregory, “Franquicias: Como Multiplicar su Negocio”; Editorial Limusa, México 2002, pp. 31.

¹⁴ DÍAZ BRAVO, Arturo, “Contratos Mercantiles”; Editorial Oxford, México 2002, pp.292.

Entre los diversos obstáculos que existían en México destacaban los siguientes:

a) En los años 70's y principios de los 80's existía en nuestro país, una política nacional totalmente proteccionista, llevando al extremo la idea del Estado rector, en virtud de la cuál el gobierno intervenía prácticamente en todos rubros. Esta corriente económica pretendía el desarrollo de la industria nacional con fronteras cerradas siguiendo la idea de un modelo de sustitución de importaciones.¹⁵

b) Una Ley de Transferencia de Tecnología totalmente fuera de tiempo, que mantenía cerradas las fronteras mexicanas, a la posibilidad de repetir los conceptos exitosos. Esta Ley, establecía límites en el pago de regalías al exterior e impedía que existiera un pacto entre las partes, en relación a la confidencialidad de la tecnología, lo cual hacía que una vez concluido el contrato, la tecnología que había sido objeto de la transferencia pudiera revelarse.

Este ordenamiento que si bien no preveía aún la figura de la franquicia, sí imponía una serie de limitaciones y frenos para el establecimiento y desarrollo de tal sistema como esquema de negocios.¹⁶

c) Una Ley de Inversión Extranjera muy restrictiva, la cuál impedía la llegada de inversiones foráneas de una manera ágil y libre, como sucedía en otras economías con las que sin darnos cuenta, ya estábamos compitiendo.¹⁷

¹⁵ A fines de la década de los treinta y principios de los cuarenta, durante el gobierno de Lázaro Cárdenas, México inició su industrialización mediante un modelo experimental de Sustitución de Importaciones, propiciado por la crisis de 1929, misma que llevó a la economía mexicana a cambiar radicalmente. Fue este modelo de crecimiento, el que transformó a la economía exportadora en otra economía orientada a la industrialización para satisfacer las necesidades del mercado interno. Se pensó que al fabricar bienes que sustituyeran a las manufacturas importadas se alcanzaría un desligamiento con el exterior lo que traería como consecuencia una economía independiente y menos fluctuante; pero no se considero que la importación de insumos y bienes de capital que no se fabricaban en México, aumentarían notablemente provocando entonces una dependencia mayor con el exterior.

¹⁶ Ver www.torno.com.mx/informacion/sistemafranquicia/marcolegal.asp Fecha de consulta 26 de septiembre 2003.

¹⁷ En México, la regulación jurídica de inversión extranjera se encuentra en la LIE publicada en el DOF el 27 de Diciembre de 1993. Entre la LIE de marzo de 1973 y la LIE de diciembre de 1993 existen diferencias notables, la primera Perseguía objetivos nacionalista y la segunda tiene como objetivo canalizar la IE hacia el país Los nuevos programas para impulsar

Las cosas empezaron a cambiar a favor de la franquicia cuando el modelo de sustitución de importaciones entró en la fase de estancamiento, lo que propició que la economía mexicana entrara en una difícil situación financiera que se agravó específicamente en 1981 cuando se cayó el precio del petróleo y las tasas de interés internacionales se incrementaron de forma dramática.

Dada esta precaria situación económica, México no tuvo otra que pedir ayuda financiera al Fondo Monetario Internacional y al Banco Mundial, mismos que condicionaron la ayuda, solo si el gobierno hacía un cambio estructural en su modelo económico. Es así, como el estado mexicano al estar bajo tanta presión, se vio obligado a aceptar tales demandas, por lo que el modelo de sustitución de importaciones fue cambiando paulatinamente por un modelo abierto y liberal, donde la apertura comercial y el libre comercio se debía convertir en una de las bases más importantes para la economía, hasta ese momento prácticamente cerrada.¹⁸

Este acontecimiento indudablemente sirvió de incentivo para que los empresarios extranjeros comenzaran a invertir de forma masiva en nuestro país, pues de alguna manera sentían que ya existía cierta protección legal hacia sus inversiones, pues el contenido de las leyes relacionadas con la inversión extranjera, la libre competencia y la transferencia de tecnología empezaban a tomar una perspectiva completamente diferente.

Como ejemplo de esto, en 1985 llegó a la Ciudad de México la primera franquicia extranjera perteneciente a una de las cadenas de comida rápida más importantes de Estados Unidos de Norteamérica.

el crecimiento económico puestos en marcha sustentan en parte el ingreso de la IE. El modelo económico neoliberal, considera que el motor del crecimiento es la inversión extranjera y la nacional.

¹⁸ La máxima prueba de apertura que México tuvo que demostrar, fue la firma del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) el 24 de agosto de 1986.

Mc Donald's abrió las puertas de su primer restaurante en la zona sur de la Ciudad de México, trayendo a nuestro país cosas impensables e innovadoras como la contratación por hora, posiciones laborales de aprendiz, un sistema de mercadotecnia altamente agresivo y un producto con un alto nivel de estandarización.

En un entorno que aún entonces no protegía mucho a la propiedad intelectual, Mc Donald's ¹⁹ fue un pionero al reconocer la enorme oportunidad de mercado y jugársela en México bajo el modelo comercial de la franquicia, entonces aún no reglamentado en nuestro país. ²⁰

Hacia finales de los años 80 otras marcas se aventuraron a venir a México. Tal fue el caso de Domino's Pizza, la cadena de hoteles Howard Johnson, TGI Friday's, Fuddruckers y pizza hut entre otros".²¹

A finales de la década de los ochenta se reconoció la importancia de darle formalidad a la franquicia, ya que representaba un esquema de negocios que aún no era legislado pero cada vez se hacía más común; por lo mismo, un grupo de empresarios y consultores expertos en este medio, junto con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial²², comenzaron a planear conjuntamente la manera idónea de impulsar este modelo comercial y promover la correcta regulación del mismo.

Una vez planteada la necesidad de estructurar un marco jurídico adecuado para el desarrollo de este sector, los legisladores se encontraron con la difícil tarea de decidir entre dos alternativas:

¹⁹ Actualmente existen más de 220 sucursales de Mc Donalds en México, de las cuales más de 50 son franquicias y 70 son propias.

²⁰ Ver www.franquiciasdemexico.org fecha de consulta Noviembre 10 de 2005.

²¹ **FEHER TOCATLI, Ferenz**, "franquicias a la mexicana"; Editorial Mc Graw Hill, México 19999, pp.2.

²² Hoy Secretaría de Economía.

a) Regularlo hasta sus más mínimos detalles como lo había hecho Estados Unidos de Norteamérica²³, Francia y Brasil.

b) Crear una legislación completamente ligera que tuviera como finalidad servir de incentivo a la inversión extranjera.

Dadas las difíciles circunstancias económicas del país en aquella época y al nuevo modelo neoliberal al que ahora pertenecía México, el sector gubernamental encargado de su reglamentación decidió no tomar un papel paternalista en cuanto a la asignación de apoyos para las franquicias. Es decir que por primera vez en mucho tiempo, no se cayó en la tentación de sobreregular la materia, y solo se establecieron disposiciones mínimas que se debían cumplir para que se diera este tipo de contrato, dejando a las partes que autorregularan su relación.²⁴

La Ley de Transferencia de Tecnología de 1990 fue el primer ordenamiento legal que formalizó el concepto de franquicia, definiéndola como un modelo comercial y no sólo como una forma de exención de impuestos; sin embargo, no fue sino hasta el 28 de junio de 1991²⁵, cuando entro en vigor la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, cuyo artículo 142 además de preveer la figura de la franquicia, estipuló ciertas obligaciones que debían de seguir tanto en franquiciante como el franquiciatario. Finalmente SECOFI emitió en 1994 el reglamento respectivo a esta Ley, donde en su artículo 65, referido a las franquicias, constituyó los requerimientos elementales para poder ser franquiciante.²⁶

²³ La experiencia en EEUU es muy importante ya que por su gran cantidad de antecedentes, han desarrollado sistemas muy precisos para evitar estafas a la gente (cosa que no siempre observamos en México). Es común que en sitios con menor grado de antecedentes, la relación franquiciante-franquiciatario no este sujeta a muchas reglas, de allí a que en algunos casos los franquiciatarios pierdan su dinero.

²⁴ Artículo del periódico Reforma publicado el 23 de febrero de 1997.

²⁵ En 1994 se reformo La Ley de Protección y Fomento a la Protección Industrial, cambiando ese nombre al de Ley de la Propiedad Industrial.

²⁶ Ver www.Torno.com.mx Fecha de consulta 26 de Septiembre de 2004.

Teniendo ya un marco legal como respaldo, el sector inició un desarrollo sostenido el cuál fue puesto a prueba con la crisis económica de mediados de los años noventa en la cual la mayoría de las franquicias que operaban en ese momento en nuestro país compraban insumos en el exterior, teniéndose que enfrentar al aumento del valor de los mismos, ya que eran cotizados en dólares y la paridad cambiaria no beneficiaba nuestra moneda. Sin embargo una vez más el sistema de franquicias demostró su versatilidad al buscar insumos nacionales, creando no solo redes de distribuidores sino también fuentes de empleo que en ese momento tanto se necesitaban.²⁷

Este hecho si bien redujo la expansión de las franquicias extranjeras por algunos años, propicio que el empresario mexicano pensara seriamente en desarrollar un sistema de franquicias nacionales.²⁸

Hoy por hoy, según lo demuestran los datos presentados por la Asociación Mexicana de Franquicias más del 60% de las marcas franquiciadas en México son de origen nacional y muchas de estas se exportan al extranjero.²⁹

Los giros comerciales de este sector también experimentaron grandes cambios, pues las primeras franquicias estuvieron enfocadas claramente a la comida rápida, mientras que actualmente podemos encontrar giros tan distintos como la reparación de parabrisas, hasta aquellas que proveen servicios de Internet.

3.3 FIGURAS CONTRACTUALES AFINES Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS.

Diversas teorías se han elaborado respecto de la naturaleza jurídica de la franquicia, algunas basadas en el derecho comparado específico; y otras en la

²⁷ Ver www.franquiciasdemexico.org/artsectorconsolidacion.htm Fecha de consulta 12 de agosto de 2004.

²⁸ Ver www.geocities.com.unamosapuntos4/teoria/de/lasfranmex.htm fecha de consulta 11 de agosto de 2005.

²⁹ Ver www.haznegocio.com/marzo2002_2/portada.htm fecha de consulta 10 de octubre de 2005.

opinión de la doctrina especializada, por lo que resulta importante distinguir esta figura como lo es y no confundirla con otras formas de hacer negocio, tales como:

a) La franquicia como contrato de suministro: Para **Mazaroti** no es un convenio de suministro, sino que abarca una serie de elementos adicionales que lo distinguen claramente. La marca, el método franquiciado, el interés continuo en el producto final del franquiciatario, son elementos totalmente ajenos al contrato de suministro.³⁰

b) La franquicia como contrato de concesión mercantil: Dentro de la doctrina francesa, **Guyénot**, sostiene que la franquicia es una variante del contrato de concesión comercial, teniendo ambos la misma naturaleza jurídica. Describe al contrato de franquicia en general como un modelo de cooperación ínterempresaria equivalente a una concesión de licencia de marca de productos o de servicios con el agregado de los métodos y medios de venta, que incluyen estudios de mercado, publicidad, capacitación del personal del franquiciatario, asistencia contable y administrativa, e incluso la financiación de las inversiones necesarias para desarrollar el negocio. La diferencia entre la franquicia y la concesión, esta dada en que la primera el franquiciatario, está obligado a pagar un derecho de ingreso al sistema y además un canon generalmente periódico, un “royalty” sobre las ventas.³¹

c) La franquicia como contrato de distribución: Existe cierta doctrina que ha buscado similitudes entre el contrato de distribución y el de franquicia. Sin embargo esto no es así, ya que si tomamos la definición que nos da **Farina**, distribución en sentido genérico, serían las diversas maneras de establecer canales de comercialización por medio de terceros que actúan sin relación de dependencia, y en el sentido estricto, sería el medio que utiliza el productor para colocar su mercadería en el mercado; con lo cual quedan evidencias a simple

³⁰ **MAZAROTI, Osvaldo**, “Sistemas de distribución Comercial”; Editorial Astrea, Buenos Aires 1992, pp.204.

vista las diferencias que lo separan de la franquicia, ya que en el primero, el distribuidor vende en el mercado los productos fabricados por el productor, y en la franquicia, el franquiciatario, en general fabrica el producto bajo la licencia del franquiciante, según el know-how que este le transmite juntamente con su asistencia técnica permanente.³²

La diferencia sustancial con la distribución y la concesión mercantil, es que en estos contratos se establece, entre otras posibles obligaciones, la promesa de compraventa de determinados productos fabricados o importados por el principal, para su posterior reventa por parte del distribuidor o concesionario en las condiciones pactadas en el contrato. Es decir que el principal promete vender y el distribuidor o concesionario promete comprar para vender en determinadas condiciones, mientras que como se dijo, la obligación típica que se asume en la franquicia es el licenciamiento de una marca, cuyo uso será explotado por el franquiciatario siguiendo pautas e instrucciones concretas.

d) La franquicia como contrato asociativo: En nuestra doctrina **Díaz Bravo** ha señalado que se asemeja a la asociación en participación, pues el franquiciante aporta al franquiciatario derechos inmateriales para que éste los aproveche en la explotación de una negociación mercantil; si a cambio de ellos éste último concede al primero una participación en las utilidades que obtenga de la explotación.³³

Arce Gargollo por su parte, no está de acuerdo con esa opinión pues opina que: en la franquicia no hay contrato asociativo, sino de colaboración, pues las partes contratantes son independientes y no corren el mismo riesgo, respecto a las utilidades y pérdidas, como sucede en las figuras asociativas.³⁴

³¹ **GUYENOT, Jean**, "Que es el Franchising"; Editorial Ejea, Buenos Aires 1977, pp. 19.

³² **FARINA, Juan Manuel**, "Contratos Comerciales Modernos"; Editorial Astrea, Buenos Aires 1993, pp.386.

³³ **DÍAZ BRAVO, Arturo**, "Contratos Mercantiles"; Editorial Oxford, México2002, pp. 296.

³⁴ **ARCE GARGOLLO, Javier**, "Contratos Mercantiles Atípicos"; Editorial Porrúa, México2000, pp. 362.

e) La franquicia como contrato de Agencia: se diferencia en que el agente asume la obligación de promover, con o sin representación, negocios por cuenta del principal a cambio de una comisión, en función del otorgamiento o no de facultades de representación.³⁵

f) La franquicia como contrato de arrendamiento: **Gerardo Caffera** investigador uruguayo sostiene que en realidad la franquicia es susceptible de descomponerse en un arrendamiento de objeto inmaterial, en el cual existen obligaciones y derechos recíprocos tanto para el arrendador o franquiciante como para el arrendatario o franquiciatario.

“Todos los contratos mencionados son figuras comerciales similares a la de la franquicia, pero carecen al menos de uno de los dos elementos básicos de cualquier franquicia: la licencia de uso de marca y la transmisión de conocimientos”.³⁶ Por lo tanto se debe tomar a ese contrato como sui-generis o de naturaleza especial, pues no tiene una regulación específica en lo que al derecho privado se refiere.

3.4 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LA FRANQUICIA.

Antes que nada sería bueno proporcionar una aproximación lo menos técnica posible que nos aporte un conocimiento general sobre que es una franquicia. Cuando una empresa permite a un inversionista usar su nombre, su imagen corporativa completa y su modelo de negocio para obtener ingresos, existe una franquicia. La empresa propietaria del nombre, la imagen y los conocimientos se denomina franquiciador mientras que el inversionista adquiere la utilización de esos activos durante un tiempo determinado y en unas condiciones concretas se le conoce como franquiciatario.³⁷

³⁵ Ver www.derechocomercial.edu.uy/ClaseFranqGP.htm Fecha de consulta 7 de Septiembre de 2004.

³⁶ **FEHER TOCATLI, Ferenz, GALLASTEGUÍ, Juan Manuel**, “Las Franquicias: un efecto de la globalización”; Editorial Mac Graw Hill, México 2001, pp.5.

³⁷ 1000 Franquicias para crear su propio negocio, Vol. 10, Núm. 1, Enero 2003.

El compromiso comercial entre ambas partes se plasma documentalmente en lo que se denomina contrato de franquicia. En dicho documento se reflejan los derechos y responsabilidades asumidas por las partes, razón por la que constituye la base del compromiso mercantil que rige el negocio en su globalidad.

“La fórmula de trabajo y desarrollo empresarial basada en la franquicia ofrece múltiples ventajas tanto para franquiciantes como para franquiciatarios, sobre todo de cara a la especial evolución de los mercados derivada de la globalización de la economía, de las exigencias de calidad por parte de los consumidores, de las necesidades de acercar los puntos de venta y prestación de servicios al consumidor, y de satisfacer las demandas de calidad de imagen que imponen los emergentes hábitos y estilos de vida de la sociedad. Constituye también, para individuos deseosos de emprender su propio negocio o empresa, una excelente alternativa de autoempleo para lograr independencia y autonomía laboral”.³⁸

Según expertos en la materia como el Lic. Juan Manuel Gallastegui Armella y el Lic. Juan Huerdo Langue la mayoría de los negocios deciden incursionar en el sistema de franquicias por las siguientes características:

- * Necesidad de expansión acelerada.
- * Falta de capital suficiente para crecer.
- * Temor a asociarse con desconocidos.
- * Miedo a que nadie cuide su marca como ellos mismos.
- * Temor a perder el control de las operaciones.
- * No tener un conocimiento completo del mercado.³⁹

3.4.1 ASPECTOS GENERALES QUE INTEGRAN UNA FRANQUICIA

³⁸ **ESPALIAT CANU, Mauricio, ESPALIAT PLANAS, Patricia**, “Franquicia: una alternativa de trabajo independiente”; Editorial Windsor, Madrid 2002, pp.2.

³⁹ **FEHER TOCATLI, Ferenz**, “Franquicias a la mexicana”; Editorial Mc Graw Hill, México 1999, pp.13.

Para reconocer una franquicia debemos identificar los siguientes elementos básicos:

- * Licencia de uso de marca
- * Asistencia Técnica
- * Transferencia de conocimiento

En su conjunto, estos tres componentes los cuales serán explicados con mayor detenimiento en el siguiente capítulo, representan el principal valor de una franquicia; a tal grado que suponiendo que la empresa franquiciante perdiera todos sus bienes tangibles o materiales, si esta conserva y mantiene su marca y su know-how, el valor de estos puede superar ampliamente el de lo perdido, siendo estos bienes intangibles la base de su éxito y su principal activo.⁴⁰

Intentando profundizar algo más en el contenido de la franquicia, y en los aspectos que habitualmente forman parte e integran el mismo, podemos identificar un buen número de ellos a continuación:

* Territorio: se trata de la zona de actuación a favor del franquiciatario, en la que éste desarrolla su negocio, cuya determinación puede ocasionar el éxito de la operación de la franquicia.

* Regalías: El franquiciatario debe pagar al franquiciante una suma fija y una regalía periódica sobre sus ventas o ingresos. Adicionalmente , por lo normal, también se pacta el pago de una regalía por el uso de marca.

* Propiedad intelectual: es la piedra angular de toda franquicia pues no sólo abarca lo que es la marca sino va mucho más allá. La propiedad intelectual está conformada por dos partes:

⁴⁰ Ver www.franquiciasdemexico.org/artvalordeunafranquicia.html Fecha de consulta 14 de septiembre de 2004.

a) La propiedad industrial que se refiere a la protección de patentes, marcas, secretos industriales y está regulada por la Ley de Propiedad Industrial.

b) Los derechos de autor protegen obras artísticas, literarias o programas de cómputo o software y está regulada por la Ley Federal de Derechos de Autor.

Resulta fundamental detectar, proteger y mantener este tipo de derechos de propiedad intelectual para poder incrementar el valor de nuestra franquicia.⁴¹

*Plazo de duración del contrato: Por lo general las partes tienden a establecer un plazo lo suficientemente largo para recuperar la inversión inicial hecha por el franquiciante. En México la ley otorga completa libertad para establecer el tiempo de duración de la franquicia. Sin embargo, en virtud de que la vigencia de la marca es un requisito importantísimo para poder otorgar una franquicia, y la vigencia de este derecho es únicamente de 10 años según lo estipula el Artículo 95 de la Ley de Propiedad Industrial, se recomienda que los contratos de franquicia no se otorguen por más de un lustro, por el simple hecho de que la renovación de la marca pudiera ser negada en un momento dado a su titular.

* Aprovisionamiento o Suministros: a fin de garantizar la homogeneidad en los estándares de calidad de los productos incluidos en las ofertas de los establecimientos franquiciados, es habitual regular la obligación del franquiciatario de aprovisionarse de forma exclusiva a través del franquiciante o proveedores autorizados por éste, en base a criterios objetivos de calidad.

* No competencia: Los pactos de no competencia tienen por objeto impedir que el franquiciatario pueda desarrollar una actividad análoga, similar o que pueda suponer una competencia a la que es objeto el acuerdo de franquicia. La mayoría de las legislaciones limitan el empleo de este tipo de cláusulas

⁴¹ Idem

basándose en que los franquiciatarios tienen un menor poder de negociación que las empresas franquiciantes y, en consecuencia, se ven obligados a firmar contratos de adhesión.⁴²

* Uniformidad: esta característica se encuentra ligada a la marca y nombre comercial, ya que el consumidor a través de estos signos distintivos identifica el producto o servicio que requiere y conoce anticipadamente su calidad.

* Confidencialidad: es de interés no solo para el franquiciante, sino para todos los miembros de la red de franquicias, el mantenimiento del carácter secreto del saber hacer del franquiciante. Para ello, es necesario incluir el compromiso de confidencialidad al franquiciatario respecto al saber hacer del franquiciante, así como el compromiso de no utilizar el saber hacer del franquiciante para fines distintos de la explotación del negocio objeto de la franquicia.⁴³

3.5 TIPOS DE FRANQUICIAS.

En relación a la exclusiva y al espacio geográfico en que el franquiciatario ejerce su privilegio sobre la franquicia concedida, existen diversas clases de contratos:⁴⁴

⁴² Estos convenios son muy comunes en Estados Unidos desde hace un buen número de años; sin embargo, con la llegada de las franquicias de ese País a México, se presentaron algunos problemas en la puesta en práctica de dichos convenios. Quizá el más importante de ellos es el que representa lo dispuesto en el Artículo 5 de la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, pues de acuerdo con dicho precepto, constituye una garantía individual el derecho de ejercer cualquier actividad, siempre y cuando sea lícita. El acuerdo de no competir representa, como es obvio, una restricción a esta garantía individual. La solución que propone **Enrique González Calvillo** para el cumplimiento y ejecución de los acuerdos de no competencia previstos en este tipo de contratos ha sido mediante el establecimiento de penas convencionales. El franquiciatario podrá o no verse obligado a cumplir su obligación de no competir con su franquiciante, pero no hay duda de que si las partes pactan una pena convencional en caso de incumplimiento, el franquiciante tiene todo el derecho de ejecutársela al franquiciatario competidor.

⁴³ Ver www.elcontratodefranquicia.com.htm Fecha de consulta 9 de septiembre del 2004.

⁴⁴ **KAUFFMANN**, David, "Franchising: Business Strategies and legal Compliance", estudio que forma parte de una obra con el mismo título y varios autores, Nueva York 1998, pp. 53.

- Franquicia Individual: mediante este tipo de franquicias se otorga a una persona física o moral un contrato específico por el que adquiere el derecho para desarrollar una unidad franquiciada.

- Franquicia Regional: la franquicia regional tiene como objetivo que una persona física o moral desarrolle varias franquicias en una región particular, sea a través de la apertura de unidades propias o bien mediante el otorgamiento de subfranquicias.

- Franquicia Maestra Internacional: “es semejante a la regional. No obstante, lo que se pretende es que la persona física o moral que actúa como franquiciataria desarrolle una franquicia en otro país”.⁴⁵

Desde una amplia perspectiva económica las franquicias podrían diferenciarse en:

- “Franquicia de Producción: a través de ella el franquiciante cede al franquiciatario, mediante contraprestación, una patente y/o un know-how técnico para la fabricación de los productos que se comercializan bajo la marca que distingue a la red, cuyo uso también se licencia, poniendo en conocimiento del franquiciatario los procedimientos administrativos y de gestión, así como las técnicas de venta empleadas”.⁴⁶

- Franquicia de Formato de Negocio: En este tipo, el franquiciante le ofrece al franquiciatario un negocio que ha sido estandarizado hasta en el mas mínimo detalle y reducido a manuales, de tal forma que en conjunto con la asistencia del franquiciante, le permiten al franquiciatario operar de manera exacta o como lo haría el franquiciante en un negocio propio. El formato de

⁴⁵ FEHER TOCATLI, Ferenz, GALLASTEGUÍ, Juan Manuel, “Las franquicias: Un efecto de la globalización”, Editorial Mc Graw Hill, México 2001, pp.23.

⁴⁶ LAZARO SANCHEZ, Emilio, “Anales del derecho: El Contrato de Franquicia”; Editorial Universidad de Murica, España 2000, pp. 94.

negocios se refiere a todos los asuntos, incluyendo los aspectos técnicos, gerenciales, de mercadeo, de adecuación del local, de atención del cliente, etc..⁴⁷

- **Franquicia por Conversión:** “son negocios en operación que eran independientes y que pueden convertirse al formato de negocios de franquicia en sí”.⁴⁸

- **Franquicia de servicio:** “es el tipo de franquicia más dinámica y con mayor proyección. El franquiciante cede los derechos de utilizar y comercializar una fórmula o sistema original de cualquier tipo de servicio con nombre ya acreditado y que ha demostrado su eficacia a nivel de aceptación. Este tipo de franquicias es la que tiene mayor auge en la actualidad”.⁴⁹

- **Franquicia Corner:** son franquicias para instalarse en un espacio reducido dentro de un tipo de negocio en particular, pero cuya actividad está de alguna forma relacionada o es complementaria al producto o servicio franquiciado.⁵⁰

- **Franquicia de Distribución:** el franquiciante te limita a vender ciertos productos en un negocio que lleva la enseña de la franquicia.⁵¹

3.6 MARCO LEGAL EN MÉXICO.

En nuestro país, regulan a la franquicia expresamente dos artículos: el 142 de la Ley de la Propiedad Industrial y el 65 de su Reglamento. Con esto se agota la regulación especial que en México existe sobre esta figura.

⁴⁷ Ver www.monografias.com Fecha de consulta 10 de septiembre de 2003.

⁴⁸ MAZAROTI, Osvaldo, “Franchising”; Editorial Astrea, Buenos Aires 2001, pp. 89.

⁴⁹ GONZALEZ CALVILLO, Enrique, “La Experiencia de las Franquicias”; Editorial Mc Graw Hill, México 1994, pp. 32.

⁵⁰ Ver www.mercadeo.com Fecha de consulta 8 de Septiembre de 2004.

⁵¹ Ver www.aaba.org.ar/plen907d.htm#contrato Fecha de consulta 11 de septiembre de 2004.

“Ahora bien, el hecho de que la Ley de la Propiedad Industrial contemple a la franquicia, no convierte a este contrato en una figura típica en el Derecho mexicano, en virtud de que la misma no contempla la relación jurídica entre el franquiciante y el franquiciatario en su relación de Derecho Privado, los efectos que se producen de este negocio jurídico y las normas supletorias de la voluntad de las partes. La reglamentación contenida en las citadas disposiciones es de derecho administrativo y registral, sólo contempla la relación entre las partes contratantes con la Administración Pública Federal (IMPI), titular del registro de contratos de licencia de marcas”.⁵²

Sin embargo; el marco jurídico se complementa con otras Leyes y tratados aplicables, alguno de los cuales se exponen brevemente a continuación:

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: como Ley suprema, al establecer las bases de la libre concurrencia y la posibilidad de establecer monopolios permitidos en cuanto al uso y explotación de obras originales y creaciones nuevas (Artículos 25 y 28).

2.- Código de Comercio y el Código Civil Federal: en cuanto a los actos de comercio y a las disposiciones generales sobre los contratos.

3.- Ley de Propiedad Industrial y su Reglamento: en lo que se refiere a protección y licenciamientos de signos distintivos y creaciones nuevas.

4.- Ley Federal de Derechos de Autor: en cuanto a estos derechos involucrados en las franquicias.

5.- Ley General de Sociedades Mercantiles: respecto a las entidades que participan en la relación.

⁵² TORRES DE LA ROSA, Alejandra, “El contrato de franquicia en el derecho mexicano”, Editorial Porrúa, México 2000,

6.- Legislación Fiscal y Tributaria: en relación al tratamiento que se les da al pago de regalías y asistencia técnica; incluyendo bajo este rubro Tratados Internacionales para evitar la doble tributación, celebrados por México (Art. 15 B del Código Fiscal Federal , Artículos 24 y 156 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.).

7.- Ley Federal del Trabajo: respecto a las relaciones laborales y su tratamiento.

8.- Ley Federal de Protección al Consumidor: en relación con el consumidor final de los bienes y servicios.

9.- Ley Federal de Competencia Económica: esta Ley es reglamentaria del Artículo 28 Constitucional y fue promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992. Su finalidad consiste en 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. Con respecto a las franquicias, según esta Ley, existen artículos a los cuales este sistema viola directamente, por que la empresa franquiciante obliga, y se obliga a practicas restrictivas de la libre competencia. Por ejemplo, la empresa franquiciante obliga a la empresa franquiciada a vender un determinado tipo de productos (restricción a la competencia), a venderlos a un precio determinado (cartelización de precios), a no competir en una geografía distinta al punto dado (restricción de la competencia) e incluso ella misma se llega a obligar a no participar directamente en el punto garantizado de la zona exclusiva dada.

10.- Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento: en esta Ley se establece como principio general, que la inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital de sociedades mexicanas, salvo las

excepciones que la propia Ley señala en su artículo 4. Para las franquicias significa la posibilidad de que el franquiciante extranjero pueda constituir sociedades mexicanas con el 100% de inversión extranjera, es decir, la posibilidad de mayor inversión extranjera en muchas actividades económicas.

3.6.1 MARCO INTERNACIONAL LEGISLATIVO VIGENTE SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.

México ha celebrado numerosos tratados y convenios internacionales con el fin de estrechar sus lazos comerciales y culturales con otras naciones del mundo, teniendo como fin el promover el desarrollo social, la seguridad jurídica y la inversión.⁵³ Dentro de aquellos que competen a la Franquicia destacan los siguientes:

* Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial. Vigente en México desde el 26 de julio de 1976.

* Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su registro Internacional de 1958. Vigente en México desde el 26 de enero de 2001.

* Reglamento de Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las denominaciones de Origen y su Registro Internacional. Vigente en México desde el 25 de septiembre de 1966.

⁵³ La SCJN resolvió la controversia suscitada respecto a la jerarquía constitucional, en el sentido de ubicar en un primer nivel lo regulado por la Constitución y en segundo lugar lo regulado por los Tratados o Convenios Internacionales, siempre que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del senado, los cuales serán Ley Suprema de toda la Unión, por lo que México es parte obligada. El Maestro **Alejandro Ramírez** nos aclara el lugar que ocupa el ordenamiento jurídico en su conjunto, y la organización jerárquica de todas las Leyes. Así tenemos lo siguiente: 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2.- Tratados celebrados y ratificados por el senado, 3.- Leyes (reglamentarias, orgánicas, ordinarias), 4.- Reglamentos (Interiores, públicos y privados), 5.- Decretos (del legislativo, del ejecutivo), 6.- Circulares, 7.- Bandos de policía y Buen Gobierno, 8.- Acuerdos, 9.- Normas parareglamentarias en general y otro tipo de normas como Sentencias, jurisprudencia, Laudos, Acuerdos bilaterales, Contratos y Convenios.

* Tratado de Nairobi sobre la protección del símbolo Olímpico. Vigente en México desde el 16 de mayo de 1985.

* Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT). Vigente en México desde el 1 de enero de 1995.

* Reglamento del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT). Vigente en México desde el 1 de enero de 1995.

* Arreglo de Estrasburgo relativo a la clasificación internacional de patentes de 1971. Vigente en México a partir del 26 de enero del 2001.

* Arreglo de Lorcano que establece una clasificación internacional para los dibujos y modelos industriales. Vigente en México desde el 26 de enero del 2001.

* Acuerdo de Viena por el que se establece una clasificación internacional de los elementos figurativos de las marcas. Vigente en México desde el 26 de enero del 2001.

* Arreglo de Niza relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de marcas. Vigente en México desde el 21 de marzo de 2001.

* Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes. Vigente en México desde el 21 de marzo de 2001.

* Convenio de Berna para la protección de obras literarias y las artísticas de 1886. Vigente en México desde el 24 de enero de 1975.

* Convenio de Roma sobre la protección de artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Vigente en México desde el 7 de mayo de 1964.

* Convenio de Brúcelas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite. Adoptado el 1º de mayo de 1974.

* Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Adoptado el 20 de diciembre de 1996. México es país signatario y ya lo ratifico.

* Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

*Convenio de Brúcelas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite. Adoptado el 1º de mayo de 1974.

*Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Adoptado el 20 de diciembre de 1996. México es país signatario y ya lo ratifico, pero aún no entra en vigor.

* Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) (Anexo iC del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC), de 1994. Vigente en México desde el 1º de enero del año 2000.

*Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México (TLCAN) (Sexta parte, capítulo XVII - Propiedad Intelectual-). Vigente en México desde el 1º de enero de 1995.

*Tratado de Libre Comercio del Grupo de los tres (g3) integrado por México, Colombia y Venezuela (Capítulo XVIII -propiedad Intelectual-). Vigente en México desde el 1º de enero de 1995.

Tratado de libre comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia (Capítulo XVI -propiedad intelectual-). Vigente en México desde el 1° de enero de 1995.

*Tratado de libre comercio entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la República de Nicaragua (Capítulo XVII -propiedad intelectual-). Vigente en México desde el 2 de julio de 1998.

*Tratado de libre comercio entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la República de Chile (Capítulo XV -Propiedad Intelectual-). Vigente en México desde el 30 de julio de 1999.

*Tratado de libre comercio entre México y la Unión Europea (Título IV - Propiedad Intelectual- Acuerdo Global y Título V mecanismo de consulta. Acuerdo interino). Vigente en México desde el 1° de octubre de el mismo año.

*Tratado de libre comercio entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel. Firmado el 10 de abril de 2000. Vigente en México desde el 1° de julio del 2000.

CAPITULO IV

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

SUMARIO.

4.1 Teoría General Del Contrato.

4.2 El Principio De La Libertad Contractual Y La Regulación Estatal.

4.3 Concepto De Contrato.

4.4. Elementos De Existencia Y Validez Del Contrato.

4.5 Clasificación Del Contrato De Franquicia.

4.6 Elementos Personales.

4.7 Elementos Reales.

4.8 Elementos Formales.

4.1. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO.

Toda obligación nace de un hecho, dentro de aquellos regulados por la Ley, se encuentran los actos jurídicos, considerados como una manifestación exterior de la voluntad con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir la obligación o un derecho, produciendo precisamente el efecto deseado por su autor y que pueden ser: **unilaterales**, que requieren solamente una voluntad para su creación y **bilaterales**, que se crean por el acuerdo de dos voluntades; a estos últimos se les denominan convenios, de los cuales aquellos que crean o transmiten derechos u obligaciones son denominados contratos.

4.2 EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y LA REGULACIÓN ESTATAL.

Los contratos han sido siempre parte fundamental de la historia del hombre, pues han sido un factor sumamente importante para regular varios aspectos que

implica el vivir en sociedad. No se tiene la noción exacta de cuando se comenzaron a utilizar por primera vez, pero se sabe gracias a investigadores y estudiosos de la materia, que en los albores del derecho romano aparecieron las primeras figuras contractuales, que aunque contaban con una tímida y deficiente configuración, tenían como base el que se llevaran a cabo entre voluntades libres e iguales, es decir, que se estableció el principio o dogma de la autonomía de la voluntad como eje rector de esta nueva figura, principio que hasta nuestros días se sigue utilizando teniendo como únicas limitaciones, la Ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres¹. Por lo mismo, hay autores como **Néstor de Buen**² que afirman que en la actualidad la figura del contrato esta en crisis, por que la realidad social muestra que la libertad, a la hora de contratar, no existe o está muy limitada. Y es que las necesidades sociales y los requerimientos de las grandes mayorías de la población obligaron al Estado a intervenir en la formación y ejecución de diferentes contratos. Por esta razón algunos países, preocupados de proteger a las clases más necesitadas, separaron del derecho civil entre otros, a los contratos laborales y agrarios. Por ello se creó por un lado, el derecho social en el que se agrupan el del Trabajo y el Agrario, y por otro se modificaron los Códigos Civiles restringiendo la libertad de contratación.³

“Asimismo, la aparición y generalización de los contratos de adhesión, que prescinden de toda discusión precontractual entre las partes y se reducen a la aceptación total por una de ellas de las condiciones propuestas unilateralmente por la otra, debilitaron también considerablemente el principio de la autonomía de la voluntad”.⁴

Aún así, la libertad contractual persiste y tiene su máxima expresión en los múltiples contratos no regulados por el Derecho que surgieron a fin de realizar

¹ Refiriéndose a esta cuestión el maestro Borja Soriano señala que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad las partes son libres para celebrar o no contratos, al celebrarlos obran libremente y sobre su pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin mas limitación que el orden público.

² En el libro “La decadencia del contrato” De Buen realiza una investigación histórica que tiene como objetivo probar que en nuestra época se vive una ficción contractual debido a la falta de libertad que tienen los individuos que intervienen en un contrato para auto regularse.

³ **PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo**, “Contratos Civiles”, Ed. Porrúa, México 2000, pp.6.

operaciones jurídico-económicas que no están previstas dentro de los tradicionales tipos contractuales; pero la tendencia es que en un futuro, si se demuestra que su uso es constante y realmente satisfacen una necesidad generalizada, la mayoría de ellos acaben siendo reconocidos por el legislador, pasando entonces de la atipicidad a la tipicidad, determinando así los requisitos y elementos mínimos que estos contratos deben tener, pero sin forzar la regulación, con otros requerimientos que solo las partes pueden prever en base a sus situaciones concretas. Tal es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con el contrato de arrendamiento financiero o “leasing”, que comenzó a ser utilizado por el comercio y, luego fue incluido en nuestro ordenamiento legal en 1982.⁵

La experiencia histórica ha mostrado que si el sistema jurídico de un Estado entra a desarrollar todo el contenido de los contratos, con normas de carácter público o no, más que fomentar la utilización de los mismos los evita y procura la utilización de otras formas jurídicas en perjuicio de las partes más vulnerables.

Por lo pronto, el esquema estructural del contrato se mantiene vigente y aunque obviamente no es igual en algunos aspectos a sus antecesores debido al desarrollo de las nuevas civilizaciones, su esencia o eje rector todavía es el mismo; pues recordemos que el derecho es una ciencia dinámica que esta en constante evolución con el fin de adaptarse y moldearse a las nuevas necesidades y tendencias sociales.⁶

4.3 CONCEPTO DE CONTRATO.

El contrato es la fuente más importante de las obligaciones. Es una institución jurídica que excede los límites de la esfera de lo civil, pues existen

⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, “De los Contratos Civiles”, Ed. Porrúa, México 1994, pp.5.

⁵ El contrato de arrendamiento está regulado por la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, así como por el Código Fiscal de la Federación.

⁶ Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido, sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esta autonomía esta considerablemente debilitada, pues cada vez la Ley impone menor número de limitaciones a la libertad contractual con el fin de salvaguardar la igualdad de las partes. Así, encontramos la protección que el legislador brinda a los débiles, desposeídos e ignorantes; a los que no se encuentran en plan de

contratos mercantiles, laborales, administrativos, etc. . Por consiguiente antes de entrar en el análisis del contrato materia de esta investigación, es necesario establecer una definición uniforme sobre ellos.

“En su significación semántica, contrato es un acuerdo por dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico determinado o determinable”.⁷

Esta idea de contrato comprende, desde luego, no solo a los civiles, sino también a todos aquellos a quienes se hicieron mención anteriormente, sin olvidar tampoco la variedad extraordinaria de Tratados y Convenios Internacionales cuya naturaleza contractual es considerada evidente.

Una concepción moderna del Contrato lo considera como “un acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas”.⁸

4.4 ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Ya definido el contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones con respecto a un bien determinado o determinable, la legislación civil, establece los elementos estructurales para que pueda existir uno, y determina además ciertas exigencias para que “– una vez nacido -, esté en aptitud de surtir todos sus efectos jurídicos”.⁹

Dicho de otra manera, los contratos constan de dos elementos: a) de existencia, que se integran con el consentimiento, el objeto y excepcionalmente

igualdad al celebrar contratos, en razón de la función social que debe cumplir la propiedad; , o bien por la protección que el legislador confiere al consumidor.

⁷ **DI CONSTANZO, Juan**, “ Desarrollo de Sistema de Franquicias”, Editorial Mac Graw Hill, México 1997, pp. 62.

⁸ **DE PINA, Rafael**, “Derecho Civil Mexicano”, Ed. Porrúa, México 1960, pp. 264.

⁹ **GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto**, “Derecho de las obligaciones”, Ed. Porrúa, México 2002, pp. 235.

con la solemnidad ¹⁰ la licitud en el objeto y la formalidad (siempre y cuando sea exigida por la Ley). ¹¹

a) **ELEMENTOS DE EXISTENCIA:**

El Consentimiento: es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción de efectos de Derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior, ya sea de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables u obvios.

“El consentimiento se caracteriza por que es un elemento compuesto, no unitario por que se integra de dos o más voluntades. Una de esas dos voluntades que al unirse generan el consentimiento, recibe el nombre de oferta y la otra de aceptación”.¹²

En el contrato de franquicia, el consentimiento consiste, como en todo contrato, “en la voluntad de las partes para obligarse y en el acuerdo de voluntades de estas respecto al contenido propio del contrato de franquicia”.¹³

El Objeto: tiene dos acepciones: *El objeto directo* del contrato, resulta ser el crear y transmitir derechos y obligaciones, mientras que el *objeto indirecto o mediato* es una conducta de dar, hacer, abstenerse o no hacer.¹⁴

El objeto directo del Contrato de Franquicia, es “transmitir ciertos derechos y crear determinadas obligaciones, las cuales serán analizadas con más precisión al estudiar el contenido obligacional del mismo”.¹⁵

¹⁰ No son muchos los casos en que la Ley exige este elemento de existencia, dentro de estos se pueden mencionar el contrato de novación y el subrogatorio.

¹¹ **SANCHEZ MEDAL, Ramón**, “De los Contratos Civiles”, Ed. Porrúa, México 1994, pp. 140.

¹² **GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto**, “Derecho de las obligaciones”, Ed. Porrúa, México 2002, pp.266

¹³ **TORRES DE LA ROSA, Alejandra**, “El Contrato de franquicia en el derecho Mexicano”, Ed. Porrúa, México 2000, pp.

44.

¹⁴ **GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto**, “Derecho de las obligaciones”, Ed. Porrúa, México 2002, pp.298.

¹⁵ *Ibidem*, p.299.

Como objeto Indirecto del contrato, encontramos que surgen obligaciones de dar, hacer y no hacer, por ejemplo: el franquiciatario se sujeta a un dar, al obligarse a pagar royalties o regalías y el franquiciante se obliga a un hacer, al dar conocimientos de soporte técnico al franquiciatario y este último, se obliga a un no hacer, al comprometerse a no revelar los secretos industriales, que le haya concedido el franquiciante. ¹⁶

Una vez que se integra el consentimiento, y si hay además un objeto, entonces el contrato se perfecciona por lo que se genera un acto jurídico existente. Pero hay ocasiones excepcionales en las que el legislador dispone que para que ciertos contratos prevalezcan requieren un elemento mas:

La Solemnidad: “Es el conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles, en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la Ley exige para la existencia del mismo”. ¹⁷

La solemnidad no se requiere para que tenga existencia un contrato de franquicia.

b) **ELEMENTOS DE VALIDEZ:**

Una vez que los contratos existen de acuerdo a los elementos mencionados, se examina si gozan de ciertos requisitos para producir consecuencias jurídicas.

Capacidad: Es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de Derecho, por serlo, debe de tener capacidad jurídica, está puede ser total o parcial. La doctrina define a la capacidad de goce como la aptitud del ser humano para ser titular de derechos y obligaciones: en cuanto concierne a su capacidad de ejercicio la ley civil determina que es la aptitud jurídica de ejercer esos derechos y

¹⁶ *Ibíd*em, p.300.

obligaciones. La capacidad para contratar, es una subespecie de la capacidad de ejercicio y consiste, en la aptitud reconocida por la Ley a una persona para establecer por sí, un contrato, sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras.¹⁸

“Para la celebración del contrato de Franquicia, las partes requieren de capacidad legal para ejercer actos de comercio, según lo estipula el artículo 5 del Código de Comercio, y que no se encuentren comprendidas dentro de alguna de las prohibiciones para ejercer comercio de conformidad con el artículo 12 del mismo ordenamiento, como son los corredores los quebrados no rehabilitados y los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad”.¹⁹

Ausencia de Vicios en el Consentimiento: Aún cuando exista el consentimiento en un contrato, este pudo haberse dado de forma deficiente, es decir, que no se haya dado de forma libre y veraz, de tal manera que sea por un vicio que afecte el entendimiento (error o dolo), que afecte la voluntad (violencia), o bien que afecte a una y otra facultad (lesión). Es relativa la nulidad que se suscita cuando un contrato se realiza con vicios en el consentimiento. Por lo tanto el contrato se puede remediar una vez que han detenido los vicios y la parte afectada ha corroborado su voluntad.²⁰

ERROR: es una creencia contraria a la verdad; es un estado psicológico en el que existe una discordancia entre el pensamiento y la realidad, es decir, el falso concepto de la verdad. El error según nuestra legislación se puede clasificar en obstáculo, nulidad e indiferente.²¹

¹⁷ Ibídem, p.319.

¹⁸ Ibídem, p. 435.

¹⁹ **TORRES DE LA ROSA, Alejandra**, “El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano”, Ed. Porrúa, México 2000, pp. 46.

²⁰ **SANCHEZ MEDAL, Ramón**, “De los Contratos Civiles”, Ed. Porrúa, México 1994, pp.160.

²¹ Ibídem, p.166.

Dolo: Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión que se emplee para inducir a error o mantener en él a cualquiera de los contratantes. “Puede existir dolo principal o incidental. El principal, es el que recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de uno de los contratantes; el incidental, es el que recae sobre otros aspectos o circunstancias que provocan que uno de los contratantes se encuentre en circunstancias desfavorables. También existe el dolo bueno que consiste en exagerar los atributos del bien objeto del contrato”.²²

“El dolo es un error provocado, lo que hace más fácil su prueba y permite exigir el pago de daños y perjuicios a quien lo provocó; sin embargo, cuando ambas partes actúan con dolo, dicha indemnización no es exigible”.²³

Mala fe: Se entiende por mala fe: “la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. En otras palabras, cuando a una persona no se le saca de su error y se permite que continúe con él.”²⁴

Violencia: es el miedo causado por la advertencia de sufrir un daño personal, patrimonial, moral o pecuniario, y que lleva a dar la voluntad para realizar un acto jurídico. Nuestro Código sigue el derecho Romano al hacer distinción entre violencia objetiva y subjetiva. La primera, exige que las amenazas sean ilegítimas o contrarias a derecho y las segundas, exige que dicha amenaza importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.²⁵

La violencia produce la nulidad relativa, misma que debe invocarse dentro de los seis meses a que acabó esta.

²² Ibídem, p. 167.

²³ Ibídem, p. 168.

²⁴ Ibídem. P. 169.

²⁵ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, “De los Contratos Civiles”, Ed. Porrúa, México 2002, pp. 394.

“Lesión: es el vicio de la voluntad de una de las partes en razón de una desproporción en el valor de las prestaciones otorgadas en un contrato bilateral oneroso, del cual se desprenden dos tipos: la lesión como objetivo, que consiste en la obtención de un lucro excesivo, evidentemente desproporcionado a las obligaciones de la parte perjudicada; la lesión como vicio subjetivo, que consiste en la explotación de la suma ignorancia, notoria, inexperta o extrema miseria de uno de los contratantes”.²⁶

En contraste con la doctrina tradicional, nuestra legislación civil establece en la lesión dos notas: la considera como un vicio mixto (objetivo y subjetivo) y la extiende a toda clase de contratos, sin embargo limita al término de un año la acción de rescisión, que es irrenunciable por tener como fundamento el interés público y por lo mismo, no es susceptible de ratificación expresa ni tácita.²⁷

La licitud en el objeto: lo estipulado en el contrato no podrá ser contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres.

“La licitud debe recaer sobre el objeto tanto jurídico como material del contrato. También debe recaer sobre el fin o motivo determinante de la voluntad que es lo que se conoce como la causa del contrato”.²⁸

“Forma: en nuestro Código se establece la libertad contractual como principio general, y como excepción, la formalidad para la celebración de determinados contratos; lo anterior, sin olvidar que se establecen reglas de formalidad específica en la mayoría de los contratos. Esta reparación del formalismo en nuestro sistema jurídico, obedece a ciertos elementos, tales como

²⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón, “De los Contratos Civiles”; Ed. Porrúa, México 1994, pp. 171.

²⁷ Ibídem, p. 172.

²⁸ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, “Derecho de las Obligaciones”, Ed. Porrúa, México 2002, pp. 399.

el interés público en evitar litigios, así como dotar de precisión y seguridad a las obligaciones asumidas”.²⁹

El contrato de franquicia es formal en cuanto a que debe constar por escrito para ser inscrito ante el IMPI, según lo establece el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial.

4.5 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Atendiendo a su inminente función económica y al campo de derecho donde se realiza, este contrato ha sido clasificado por la doctrina de la siguiente forma:

- a. **MERCANTIL:** No hay ninguna duda sobre su mercantilidad ya que tienen como finalidad la especulación; es decir que se efectúa entre comerciantes para explotar una empresa o para distribuir y revender productos, según lo estipula el **artículo 75 fracciones I, II, V a VII del Código de comercio.**³⁰
- b. **PRINCIPAL:** pues existen por si mismos, ya que para su validez y cumplimiento no dependen de otro contrato.
- c. **BILATERAL O SINALAGMÁTICO:** Por que generan obligaciones para las dos partes contratantes.
- d. **ONEROSO:** Debido a que impone provechos y gravámenes recíprocos; es decir, se debe establecer una forma de retribución del franquiciado al franquiciante, en contraprestación de los servicios, asistencia, licencia de marca, etc..
- e. **CONMUTATIVO:** en virtud de que las prestaciones a cargo de las partes son ciertas desde la celebración del contrato.
- f. **INTUITU PERSONAE:** por que se suelen otorgar atendiendo a la capacidad económica del franquiciado, así como, a sus cualidades personales y profesionales. Por lo mismo, el

²⁹ **SANCHEZ MEDAL, Ramón**, “De los Contratos Civiles”, Ed. Porrúa, México 1994, pp. 175.

³⁰ El derecho mercantil es un derecho especial para los comerciantes, cuya finalidad es facilitar las operaciones de éstos. En muchos puntos el derecho mercantil se relaciona con el civil; trata las mismas materias aplicando una reglamentación especial a determinados actos, que sustrae del régimen del derecho común.

franquiciante debe evaluar con sumo cuidado a los franquiciatarios y solo otorgar franquicias a los prospectos que reúnan las condiciones a los requisitos que el juzgue necesarios.

- g. **FORMAL:** No requiere ser firmado ante notario o alguna autoridad competente, pero para su validez el documento debe constar por escrito y registrarse, como lo marca la Ley, ante el IMPI, para que surta efectos contra terceros.
- h. **DE TRACTO SUCESIVO:** por que las obligaciones que se generan para cada parte no se agotan en el momento de la celebración del contrato sino que perduran mientras tenga vigencia este.
- i. **NOMINADO:** pues se encuentra contemplado en nuestra legislación en el **artículo 142** de la **Ley de la Propiedad Industrial** y en su respectivo reglamento.
- j. **DE COLABORACIÓN:** ya que la asistencia e intercambio de información y experiencia entre las partes, se constituye en un elemento imprescindible para el éxito de la actividad.
- k. **DE ADHESIÓN:** ya que una de las partes elabora unilateralmente el contrato, dejando a la otra parte en la imposibilidad de negociar las cláusulas del mismo.
- l. **“ATÍPICO:** por que aunque tiene una denominación especial, carece de una reglamentación particular y específica en cuanto a la relación de Derecho Privado entre las partes contratantes. La regulación de la **Ley de la Propiedad Industrial** es de carácter administrativo y registral. Por otro lado algunos autores consideran que goza de tipicidad social, en cuanto están instalados en la conciencia general, se usan habitualmente en el tráfico comercial y son considerados por la doctrina y la jurisprudencia, aunque tengan disciplina legal”.³¹

³¹ PARELLADA, Carlos, “Contratos Atípicos”, Ed. Picasso, Buenos Aires 2001, pp.8.

Los contratos atípicos como nacen mucho antes de la norma que va a regularlos, plantean el problema de precisar, a falta de una normativa legal, cuál es la disciplina a la que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, detallar la manera como deben ser interpretados y como deben ser constituidas las lagunas o sus deficiencias.

Al respecto, la doctrina ha propuesto algunas tesis acerca de cómo debe resolverse este dilema.³²

1. **TEORIA DE LA ABSORCION O DE LA OBSERVACION:** En los contratos atípicos, debe determinarse cual es la prestación, y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación. Esta teoría no resuelve satisfactoriamente el problema de la interpretación de los contratos atípicos, pues generalmente no es posible determinar con exactitud cual es la prestación.³³
2. **TEORIA DE LA COMBINACION:** Cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas de tipos contractuales. Un contrato atípico concreto debe desmenuzarse en sus prestaciones y encuadrar cada una dentro del contrato atípico que corresponde³⁴. La crítica a esta teoría se ha formulado en el sentido de que el contrato atípico no es una mezcla o agregado de diversos elementos típicos, no es una suma sino una síntesis; tiene una unidad, se trata de un contrato único que tiene una finalidad empírica propia y también única.
3. **“TEORIA DE LA ANALOGÍA:** Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico son las del contrato típico con el que tenga mayor similitud”.³⁵

³² DIEZ PICASO, Op. Cit., pp 243, citado por ARCE, Op. Cit., pp 136-137.

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Idem.*

Por otro lado y a manera de referencia, “**el proyecto del Código Civil Argentino de 1988** establece, que cuando se trate de un contrato atípico con tipicidad social carente de normas expresas que lo regulen, su régimen debe determinarse por este orden: **1)** La propia voluntad de las partes en los límites establecidos por el orden público; **2)** Los usos y costumbres del lugar de la celebración; **3)** Por las normas generales supletorias sobre contratos y obligaciones; **4)** Por las disposiciones correspondientes a los contratos afines que sean compatibles con la economía y la finalidad del contrato atípico”.³⁶

La legislación Mexicana a su vez establece un criterio parecido en el **artículo 1858 del Código Civil Federal** que dice: “Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, con las disposiciones del contrato con el que tengan mayor analogía, de los reglamentados en este ordenamiento”.

De este artículo se desprende que la regulación de la Ley hace del contrato, sirve también para regular toda clase de contratos que no estén expresamente reglamentados por el Código, pero lo crítico de este dispositivo, es que una figura tan compleja como la franquicia necesita de una reglamentación concreta que encuadre según sus propias características, tarea sumamente difícil ya que esta puede adoptar toda clase de modalidades y clausulados según su giro.

4.6 ELEMENTOS PERSONALES.

En principio, cualquier persona física o jurídica puede ser parte de este contrato siempre que posea la capacidad legal para ejercer una actividad empresarial. Nos encontramos en un primer lugar con el franquiciante, que es la persona que inicia la empresa jurídica y económicamente independiente sobre la que ha contribuido decisivamente dotándola de una serie de señas de

³⁶ PARELLADA, Carlos, “Contratos Atípicos”; Ed. Picasso, Buenos Aires 2001, pp. 9.

identificación únicas y características que le permiten distinguirse de otras organizaciones comerciales; además es el que promueve una red de franquicia, en la que es responsable y tutor permanente.³⁷ El franquiciante básicamente es quien aporta el nombre comercial, insignia y marca de fábrica, de comercio o de servicio, así como los conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, administrativa y financiera que se puedan aplicar en la explotación de una empresa.³⁸

En segundo lugar, está el franquiciatario, que es la persona que en su propio nombre y cuenta realiza la explotación de la empresa franquiciada, cuyo soporte patrimonial le ha sido previamente transmitido, según las técnicas comerciales uniformes y bajo el control del franquiciante, una vez que haya satisfecho las contraprestaciones a las que se ha obligado mediante el contrato. “El franquiciatario iniciará el desarrollo de su negocio con una marca supuestamente popular y la ventaja de que va a ser reconocida por al menos un sector de la sociedad, basando esto en la confianza y práctica que tiene el franquiciante en el mercado”.³⁹

Tanto el franquiciante como el franquiciatario forman parte de empresas autónomas, esto implica que no pueden estar unidas por lazos de dependencia y subordinación jurídica o económica. Lo único que las liga es una relación estrictamente mercantil de franquicia. Esto implica que ambos contratantes deberán poseer un nombre individual, es decir una denominación o razón social diferente. En consecuencia, el franquiciado como empresario independiente dirigirá y explotará el negocio objeto de la franquicia por su cuenta y riesgo, y será de su exclusiva responsabilidad: la firma de los contratos de arrendamiento de sus locales, si es que no fueran propios, las obligaciones financieras contraídas para hechar la unidad a andar, el pago de impuestos y derechos, los desembolsos por inventarios, las remodelaciones, la contratación del personal, su remuneración,

³⁷ Ver www.desados.com/emprend#edore#s/la%20franquiciahtm Fecha de consulta 10 de septiembre de 2005.

³⁸ Ver www.confeco.es/franquic/franpas1.htm Fecha de consulta 12 de Octubre de 2005.

³⁹ **MARTORELL, Ernesto Eduardo**, “Los Contratos de Dominación Empresarial y la Solidaridad laboral”, Ed. Depalma, Buenos Aires 1996, pp. 194.

despido y demás obligaciones laborales, penales, fiscales o de otra índole. De esa manera, si la unidad franquiciada se ve envuelta en algún tipo de problema legal o se va a la ruina financiera, el franquiciador quedara completamente protegido y exonerado de toda obligación que se le quiera imputar.⁴⁰

4.7 ELEMENTOS REALES.

Son los principales elementos patrimoniales que constituyen la empresa franquiciada y los que hacen de ésta una fórmula tan distinta a otras opciones de negocio. Estos se deducen de la definición legal que otorga Ley de la Propiedad Industrial a la franquicia en su **artículo 142** así como otros que adopta la doctrina y que están o deberían estar presentes para que pueda darse de manera legítima la figura de franquicia.

* **La marca:** Según el **artículo 88 de la Ley de la Propiedad Industrial** se define como: todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.

Las marcas pueden estar representadas por un nombre, logotipo, slogan, empaque o combinación de cualquiera de los anteriores, tanto para productos como para servicios.⁴¹ De esta forma la **Ley de la Propiedad Industrial** reconoce en su **artículo 89** distintas clases de marcas que son:

- I. **Las nominativas:** son las marcas que identifican un producto o servicio a partir de una palabra o un conjunto de palabras. Estas marcas deben distinguirse fonéticamente de los servicios o productos de su misma especie. Es decir, no deben tener semejanza

⁴⁰ Ver www.Derechocomercial.edu.uy/Clase_FranquGP.htm Fecha de consulta 19 de septiembre del 2005.

⁴¹ Nuestra legislación no reconoce marcas olfativas, sonoras o marcas de certificación.

con marcas que pertenezcan a productos o servicios de su misma especie o clase.⁴²

- II. **Las marcas innominadas:** son figuras o logotipos que diferencian visualmente una marca. En otras palabras, son figuras distintivas que no pueden reconocerse fonéticamente, sólo visualmente.⁴³
- III. **Las marcas tridimensionales:** corresponden a la forma de los productos o sus empaques, envases o envoltorios, siempre y cuando sean característicos y los distinguan de productos de su misma clase. Corresponden a cuerpos con tres dimensiones, como botellas, empaques, estuches, etc..⁴⁴
- IV. **Las marcas mixtas:** Son el resultado de la combinación de tipos definidos en los párrafos anteriores. Pueden ser combinaciones de palabras con diseños o logotipos, sean o no tridimensionales.⁴⁵

Dentro del régimen administrativo de los signos distintivos existen también las siguientes figuras de protección:

- V. **Las marcas colectivas:** son las que representan los productos o servicios de las asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios, con la finalidad de distinguirlos de otros productores o prestadores de servicios que se dediquen a la misma actividad.⁴⁶
- VI. **El nombre comercial:** es una variante de las marcas que lleva un proceso diferente al del registro. La diferencia con las marcas radica

⁴² Ver www.tumarca.com.mx Fecha de consulta 3 de Octubre de 2005.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

en que el nombre comercial, sólo protege el nombre de un comercio, industria, empresa o prestador de servicios en el área donde se encuentre ubicado.⁴⁷

Como caso excepcional tanto el nombre comercial como el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos sin necesidad de registro.

VII. El aviso comercial: es una frase u oración que sirve para promover y diferenciar un producto, prestador de servicio o empresa, de otros que se dediquen a la misma actividad. Puede servir como slogan o frase publicitaria.⁴⁸

La marca es definitivamente uno de los activos más valiosos de la franquicia, sobre todo cuando se compite en una economía abierta como la nuestra. Tiene como característica principal el vincular y posicionar en la mente del consumidor final una imagen de garantía, servicio y calidad, con la cual ésta adquiere un reconocimiento y un prestigio que trasciende al establecimiento o punto de venta visitado y es relacionado automáticamente con cualquier otro en el cual se pueda identificar claramente, como sinónimo de los valores y satisfactores antes encontrados.

Una vez razonado este concepto, puede relacionarse a la marca con el objeto de estudio de la presente tesis, en el sentido de que la definición de la franquicia que se establece en la **Ley de la Propiedad Industrial** en su **artículo 142**, destaca como elemento esencial de la misma a la marca, distinguiéndola de otras figuras análogas, al señalar que con la concesión de licencia de uso de marca se puede producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme.⁴⁹

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ **TORRES DE LA ROSA, Alejandra**, "El contrato de franquicia en el derecho mexicano", Ed. Porrúa, México 2000, pp.50.

Las marcas pertenecen a quienes las han registrado debidamente ante el órgano gubernamental competente.⁵⁰ Como cualquier pertenencia, éstas pueden ser vendidas o arrendadas a otros individuos, pero para poder transmitir los derechos de uso o suscribir un contrato de cesión de derechos ante el IMPI, con objeto de que pueda surtir efectos contra terceros; así mismo, una marca podrá ser utilizada tanto por su titular como por aquellos a quienes éste último conceda licencia. Sin embargo; esta licencia podrá efectuarse única y exclusivamente cuando el registro de la marca se encuentre vigente o en trámite.

Las acciones correspondientes al titular de la marca tendientes a la defensa y protección de la misma, las podrá ejercitar el licenciataria salvo pacto en contrario, en caso de franquicias se recomienda que el franquiciante se reserve el ejercicio de dichas acciones.⁵¹

Resulta importante destacar que México otorga protección a las marcas notoriamente conocidas; de igual forma que reconoce la prioridad de solicitudes de marca presentadas en los países miembros del Convenio de París, del cual es parte, y de aquellos con los que exista reciprocidad.⁵²

En resumen de todo lo anterior, una franquicia existe gracias al registro de su marca, de tal manera que éste es uno de los elementos considerados como más importante, sin que por ello esto quiera decir que toda empresa que cuente con una marca registrada será forzosamente exitosa. Además, el registro de una marca en México, sienta los antecedentes para protegerla en el extranjero.

⁵⁰ Para solicitar el registro de una marca, se deberá presentar en el IMPI, o en la Delegación Federal o subdelegación de la Secretaría de Economía, de acuerdo a lo establecido en el Art. 113 de la LFPI, siendo la duración del trámite, de 4 a 6 meses, sin tener anterioridades; es decir que no exista impedimento legal de registro y en caso de presentar la documentación completa, la solicitud se somete a un examen administrativo y a un examen técnico. De no haber inconveniente, se procederá a citar a pago para la expedición del título correspondiente. La duración del registro de una marca es de 10 años y renovable por periodos iguales.

⁵¹ Fuente: **Enrique U. Alcazár Córdova**. Director General de la firma Alcazár Córdova & Aranday.

⁵² El principio general sobre la validez territorial de un registro de marca, es que ésta se circunscribe al país en que el mismo fue otorgado; sin embargo, con base en los acuerdos internacionales que en esta materia se han celebrado entre un gran número de países, existe el reconocimiento de ciertos derechos a favor del registro obtenido en un país extranjero. Uno de los derechos más significativos en este sentido, consiste en la obligación que asume cualquier país de conceder al titular de una marca extranjera un período no menor de 6 meses desde el registro en el país de origen, a fin de que en este lapso promueva con prioridad, frente a cualquier otra solicitud, el registro de su marca. A este reconocimiento se denomina "derecho de prioridad". Otra de las excepciones al principio de territorialidad de registro de marca, es del de aquellas que

a) **Las patentes:** es la concesión del gobierno federal⁵³ por la cuál se otorga al inventor o a su licenciatarario en su caso, el derecho de explotar de manera exclusiva su invención, así como de adquirir derechos y por consiguiente acciones para prohibir a terceras personas su fabricación, uso o venta de su invento.

En México, las patentes sólo se aplican a dispositivos tangibles y funcionales resultantes de un esfuerzo original: inventos novedosos susceptibles de aplicación industrial.⁵⁴

El Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, así como las oficinas de propiedad industrial en otros países, cuenta con personal especializado para examinar detalladamente cada solicitud para determinar si cumple con los lineamientos generales de los inventos y por consiguiente determinar técnicamente si se otorga la patente, una tarea que incluye investigaciones bastante profundas y exhaustivas.

La invención solo está protegida contra el uso no autorizado por su titular en México. La protección jurídica de los derechos de la propiedad industrial como ya se había mencionado, únicamente se otorga en el país donde esta solicitada y concedida. Si se desea la misma protección jurídica en el extranjero, se puede presentar una solicitud internacional y realizar otros trámites en el contexto del Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT) del cuál México es parte desde el primero de enero de 1995.⁵⁵

han alcanzado la jerarquía para ser consideradas "notoriamente conocidas", las cuales reciben protección extraterritorial, acorde a la difusión y prestigio del que gozan fuera de las fronteras de su país de origen.

⁵³ El **artículo 89 Constitucional fracción XV**, Faculta del Presidente de la República Mexicana para conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria. Las patentes se otorgan por un período que comienza en la fecha de concesión y finaliza 20 años después de la fecha en que solicitó la patente.

⁵⁴ El **artículo 16 de la LPI**, establece aquello que no podrá ser patentable como: a) Los procesos esencialmente biológicos de plantas y animales; b) El material biológico y genético como se encuentra en la naturaleza; c) Las razas animales; d) El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen, y e) Las variedades vegetales.

⁵⁵ Ver www.universidadabierta.edu.mx/Biblo/S/Sanchez%20svaldo-Prop Fecha de consulta 22 de Septiembre de 2005.

Para efectos de la Franquicia, la parte no es necesariamente objeto del contrato, sino que sólo se da en aquellos casos en que el franquiciante, en la explotación objeto de la franquicia, tiene el proceso de fabricación, manufactura o el producto correspondiente, protegido por alguna o algunas patentes que requieren de que se autorice el uso para los franquiciatarios.⁵⁶

Cuando el contrato de franquicia incluye autorización de explotación de una o varias patentes, estas deben identificarse en el contrato con su número, fecha de expiración y el o los inventos, procesos o productos que ampara.

b. **“El Know-how:** es un término proveniente del inglés, muy utilizado en los Estados Unidos de Norteamérica y recientemente introducido en América Latina, se refiere a los conocimientos técnicos que el franquiciante transmite al franquiciatario para operar una unidad franquiciada”.⁵⁷

Algunos especialistas consideran que el know-how incluye como elementos fundamentales a los conocimientos técnicos y a la asistencia técnica, es decir, el qué y como del negocio.⁵⁸

En cuanto a los conocimientos técnicos, estos se encuentran especificados a aquellos métodos, procesos y logística operativa, administrativa, comercial y de imagen, habitualmente plasmados en manuales, y otros documentos, políticas y lineamientos del sistema de franquicia que forman la percepción de la garantía, servicio y calidad al ser eficientes y evidenciar una ventaja competitiva, constituyendo así un fuerte factor de diferenciación frente a posibles competidores; es necesario señalar que este know-how o saber hacer, generalmente involucra información confidencial y privilegiada que por sus particulares características, se considera como secreto industrial.⁵⁹

⁵⁶ ARCE GARGOLLO, Javier, “El Contrato de Franquicia”; Ed. Themis, México 1994, pp.40.

⁵⁷ FEHER TOCATLI, Ferenz, GALLÁSTEGUI, Juan Manuel, “Las Franquicias: Un Efecto De La Globalización”; Ed. Mc Graw Hill, México 2001, pp. 87.

⁵⁸ Ver www.franquiciasdemexico.org/artvalordeunafranquicia.html Fecha de consulta 22 de septiembre de 2005.

⁵⁹ Los secretos industriales constituyen aquella información, de aplicación industrial o comercial, que una persona física o moral considera confidencial y que le permita obtener una ventaja competitiva frente a terceros en la realización de actividades económicas. Un secreto industrial no debe registrarse, pues al hacerlo se volvería público. Sin embargo, pueden

Un ejemplo de cuales pueden ser los diversos manuales que pueden realizarse serían los siguientes:

- Manual de estructura y organigrama de la central de la franquicia.
- Manual de concepto empresarial.
- Manual técnico de productos.
- Manual de procedimiento.
- Manual administrativo.
- Manual económico - financiero.
- Manual de normas gráficas e imagen corporativa.
- Manual de adecuación y decoración de locales.⁶⁰

Por su parte, la asistencia técnica, que como ya se había dicho forma parte del know – how de la empresa franquiciante, es un elemento crucial dentro de una franquicia, por que permite brindar capacitación, mantenimiento, supervisión y apoyo frecuente y permanente, así como sirve para verificar los estándares de uniformidad, calidad, prestigio e imagen, observando actualmente que muchas franquicias aprovechan diferentes herramientas tecnológicas como instrumentos invaluable de soporte y asistencia.

Algunos de los programas de asistencia técnica que más utilizan los sistemas de franquicias son:

- Capacitación y entrenamiento personal.
- Desarrollo y actualización de los manuales.
- Localización de los territorios y las unidades.
- Programas de preapertura.
- Compras y abastecimientos de insumos.

protegerse aún más los documentos que contengan dichos secretos, con una leyenda que haga alusión al carácter confidencial de los mismos. Están regulados por los artículos 82 al 86 bis de la LPI.

⁶⁰ Ver www.desados.com/emprendedores/la%20franquicia.htm. Fecha de consulta 10 de septiembre de 2005.

- Asesoría de campo.
- Control de operaciones.
- Supervisión continua.
- Mercadotecnia y publicidad.
- Administración y finanzas.
- Seminarios y convenciones.
- Desarrollo de productos, servicios y técnicas nuevas.
- Formulas para incrementar las ventas.
- Visitas rutinarias de asesoría o inspección.

El know – how aparecerá siempre como materia del contrato de franquicia, éste llega a formar junto con la marca, uno de los elementos esenciales de esta figura; es importante comentar que no todo el “saber hacer” de una franquicia puede ser protegida; lo es aquella información que se ampara a través de patentes de invención y aquella referida a información confidencial y privilegiada.

c. **La Contraprestación o Royalty:** consiste en el desembolso en dinero o en especie que deberá realizar el franquiciatario por beneficiarse de las diferentes ventajas que le otorga su entrada a la red de franquicias, incluyendo el derecho a usar la marca de la franquicia y todos los servicios de asistencia y asesoramiento que le serán prestados mientras dure la vigencia del contrato.

Generalmente la contraprestación se suele pactar en el pago de una cuota inicial por el derecho de ingreso a la franquicia y en una suma periódica que el franquiciatario debe cubrir a favor del franquiciante.

La cuota inicial de franquicia permite que el franquiciante recupere lo que ha invertido al desarrollar el sistema de franquicias, comercializar cada una de las unidades franquiciadas, capacitar al franquiciatario y tramitar la preapertura e inauguración de cada unidad franquiciada.

Por otro lado, las regalías continuas son los royalties que pagará el franquiciatario, en forma escalonada y durante la vigencia de la relación contractual, al dueño de la franquicia. Con este pago el franquiciatario tiene derecho a usar la marca, recibir asistencia técnica y beneficiarse de las campañas de marketing y publicidad que teóricamente está realizando el franquiciante. Dentro de éstas se pueden destacar:

- Royalty de explotación: se pagarán regularmente por parte del franquiciatario a cambio de los programas de asesoramiento, apoyo y seguimiento que haya diseñado el franquiciante y que prestará para asegurar el correcto funcionamiento del centro franquiciado.
- Royalty de Publicidad: es la contribución que hará cada uno de los franquiciantes para la realización de campañas de marketing y publicidad a nivel regional o global dependiendo del caso, encaminadas a fortalecer la imagen de la marca y el conjunto de centros franquiciatarios.⁶¹
- Royalty por ventas: es la suma que paga el franquiciatario en relación con el porcentaje de las ventas del negocio. El porcentaje de royalty que se exige puede oscilar, dependiendo de cada caso, entre el 5% y el 20% del volumen de ventas del franquiciado.⁶²
- Royalty de desarrollo: es el pago que hace el franquiciatario por el derecho a otorgar subfranquicias en un territorio determinado.

Las regalías continuas generan excelentes utilidades al dueño de un sistema de franquicias y constituyen “el verdadero negocio del negocio”, por lo mismo resulta de particular interés que el franquiciatario se fije de forma minuciosa en observar que las bases de las regalías estén claramente descritas en el contrato, cuidando que no sean estas excesivas o exorbitantes de tal forma que le resulte imposible pagarlas durante la vigencia del mismo; además el franquiciatario debe estar pendiente de que el mismo franquiciante este

⁶¹ Ver www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm Fecha de consulta 10 de septiembre de 2005.

cumpliendo de manera cabal con las obligaciones previamente contraídas, pues de otro modo no estaría justificado pagar por algo que no se estuviera recibiendo prosiguiendo entonces a la rescisión del contrato y al respectivo pago de daños y perjuicios.

Por otra parte, “la contraprestación, regalías o royalties, no son un elemento esencial de las franquicias, pues algunos sistemas no tiene contemplado el pago de estas durante la vigencia del contrato, ya sea por que se encuentran disfrazadas al ser incluidas en el precio de los bienes o servicios abastecidos por el franquiciante o por que en términos estratégicos resulta conveniente no cobrar contraprestaciones por otorgar una unidad de franquicia”.⁶³ Pero la verdad es que en la practica son muy pocos los contratos de franquicia que se dan de forma gratuita, por lo mismo es necesario establecer parámetros eficientes para evitar que la codicia de ciertos franquiciantes a la larga no repercutan en el fracaso de su propio sistema.

d. **La Exclusividad:** es el área definida en el contrato dentro de la cuál, ningún establecimiento de la franquicia puede comercializar los productos o servicios de la misma. Por lo tanto, el franquiciatario tendrá derecho a desarrollar su actividad en la zona geográfica asignada por el franquiciante de forma exclusiva, imposibilitando el desarrollo de la misma actividad por otros franquiciatarios en la misma zona.⁶⁴ A su vez el franquiciatario se obliga a explotar la franquicia únicamente a través de los locales predeterminados, objeto del contrato; no convenir con terceros franquicias fuera del territorio asignado, en caso de estar facultado para subfranquiciar, abstenerse de captar clientela fuera del territorio otorgado y no fabricar, vender o utilizar dentro del ámbito de la franquicia, productos que compitan con los que son objeto del contrato.

⁶² Ver www.conferco.es/franquic/franpas1.htm Fecha de consulta 13 de septiembre de 2005.

⁶³ **FEHER TOCATLI, Ferenz, GALLÁSTEGUI, Juan Manuel**, “Las Franquicias: un efecto de la Globalización”, Ed. Mc. Graw Hill, México 2001, pp. 63.

⁶⁴ Ver www.desados.com/emprendedores/la%20franquicia.htm Fecha de consulta 10 de septiembre de 2005.

“Casi siempre el otorgamiento de derechos de exclusividad sobre un territorio trae aparejado el cumplimiento de determinado desempeño mínimo, el cual estipula un nivel de ventas que los franquiciatarios deben alcanzar los derechos de exclusividad tanto sobre su territorio, el uso de la marca registrada, o ambos, así como sobre el programa del negocio”.⁶⁵

La concesión de zonas exclusivas deberá realizarse partiendo de un plan de desarrollo inicial que ayudará a concretar el tamaño óptimo de las zonas de exclusividad. “Las principales características que se deben tomar en cuenta según los peritos en la materia para establecer los territorios o áreas de influencia son:

- Mercado meta.
- Competencia directa o indirecta.
- Tamaño de la población.
- Edad y sexo de los habitantes.
- Población económicamente activa.
- Vías de comunicación.
- Entidades gubernamentales.
- Principal industria y comercio de la zona.
- Nivel socioeconómico.
- Clientes naturales existentes”.⁶⁶

Es importantísimo señalar que, algunos franquiciantes de manera arbitraria desarrollan sus sistemas de franquicias sin determinar exclusividades territoriales o lo hacen de forma sumamente limitada, esto genera que los franquiciatarios de un mismo sistema de franquicias se conviertan en rivales directos y compitan salvajemente por el mismo mercado. Como uno de tantos ejemplos, tenemos la cadena poblana de Café Gourmet: “THE ITALIAN COFFE”, que en menos de 10 años ha otorgado 96 franquicias en todo México y se caracteriza por que muchos

⁶⁵ RAAB, Steven, MATUSKY, Gregory, “Franquicias, como multiplicar su negocio”; Ed. Limusa, México 2002, pp. 190.

⁶⁶ FEHER TOCATLI, Ferenz, GALLÁSTEGUI, Juan Manuel, “Las Franquicias: un efecto de la globalización”; Ed. Mc Graw Hill, México 2001, pp. 78.

de sus locales están prácticamente pegados.⁶⁷ Por otro lado están las estaciones de servicio **Pemex**. Desde hace 10 años, el programa de franquicias de la paraestatal ha impulsado la creación de más y más gasolineras a lo largo y ancho de la República mexicana, sin respetar prácticamente ningún tipo de restricción territorial. Esta empresa que hoy cuenta con 5465 gasolineras, no tiene establecido un límite de distancia entre cada una de ellas, argumentando que con esto se promueve la calidad en el servicio, cuando es un secreto a voces que la verdadera razón es saturar el mercado antes de que llegue la competencia extranjera.⁶⁸

Juan Manuel Gallastegui, ex presidente de la Asociación Mexicana de Franquicias y connotado experto en el ramo, opina al respecto que puede pensarse equivocadamente que la territorialidad es un elemento indispensable para que exista una franquicia. Afirma que existen franquicias que ante un producto con gran demanda no otorgan a sus franquiciatarios territorios exclusivos, sino que éstos van configurándose por las tendencias de consumo y de demanda de un bien o un servicio en un mercado determinado. Es decir, que si nos encontramos en una ciudad cualquiera donde existe gran demanda de algún bien o servicio, los establecimientos que lo ofrezcan serán tantos como se requieran para satisfacer la demanda. Además, explica que al no otorgar a los franquiciatarios territorios exclusivos fomenta un mejor servicio en cada una de las unidades que integran una red o sistema de negocios franquiciados y estimula la competencia entre sus integrantes.⁶⁹

Por otro lado la literatura económica ha desarrollado principalmente tres argumentos que explican la racionalidad económica de los acuerdos de protección territorial. El primero considera que este tipo de convenios permite proteger los márgenes comerciales de los franquiciatarios de la “erosión” que supondría

⁶⁷ Para sustentar este ejemplo, en la ciudad de Puebla existen 4 franquicias de “Italian Coffe” que están separadas por unos cuantos metros, estas son: Centro histórico catedral, centro histórico los portales, centro histórico reforma y centro histórico Santa Clara.

⁶⁸ Ver <http://www.franquiciapemex.com/introduccion#nfp/ftp6territorio.htm> fecha de consulta 3 de Octubre de 2005.

⁶⁹ Ver www.franquiciapemex.com/octanaje/terri02.htm fecha de consulta 9 de octubre de 2005.

competir con otros franquiciatarios de la misma cadena. Un segundo argumento considera que la protección territorial, en su formulación más extrema, permite a los franquiciatarios proteger, frente a otros miembros de su cadena, los derechos de propiedad sobre las inversiones destinadas a proporcionar los productos o servicios que venden. Para entender este argumento hay que tener en cuenta que los franquiciatarios producen información invirtiendo en publicidad y prestando una serie de servicios. Dado que, habitualmente, los clientes se pueden beneficiar gratuitamente de esta información, podrían estar interesados en obtenerla en los establecimientos que la prestan y comprar en otros puntos de venta que no provean tales servicios, en los cuales previsiblemente, los precios serían menores, al soportar costes más bajos. La tercera explicación se basa en la protección de las inversiones del franquiciatario. Así, una vez que este ha realizado en su territorio las inversiones necesarias para prestar los servicios exigidos por el franquiciante, éste podrá desear distribuir sus productos o servicios de forma directa o vender más franquicias en dicho territorio.⁷⁰

Resulta obvio entonces, que si no se otorga aunque sea una mínima exclusividad territorial, el franquiciante perjudica sus propios intereses de forma futura y el de sus franquiciatarios de forma inmediata, pues se supone que lo novedoso y excepcional de este sistema de comercialización es que se arrenda una fórmula de negocios exitosa donde se va a permitir que el adquirente de la misma pueda explotar libremente en un área preferencial y no compitiendo contra su propia marca,⁷¹ lo cual es completamente inequitativo, pues el franquiciatario se obliga en el contrato a una serie de limitantes comerciales mientras que el franquiciante a ninguna. Lo único que considero viable al respecto, es que por un mal desempeño por parte del franquiciatario al no tener el mínimo de ventas al que

⁷⁰ Ver www.efranquizium.com.actualidad/opinion/vazquezprofe02.asp fecha de consulta 9 de octubre de 2005.

⁷¹ A esta práctica en el mundo de las franquicias se le conoce como **canibalismo** y se refiere a establecer 2 o más puntos de venta más cerca en uno con el otro de lo que debieran de haberlo hecho según lo estudiado, lo que genera la repartición de las ventas y clientes entre 2 o más franquiciatarios de la misma cadena. **Naomi Klein** en su libro titulado **"No Logro"** establece que uno de los ejemplos más claros de esta agresiva maniobra comercial la realiza la franquicia internacional de case **"Starbucks"**. Su estrategia consiste en saturar una zona de tiendas hasta que la competencia en el ramo del café se haga tan feroz que las ventas bajen incluso en sus propias tiendas. Comprensiblemente mientras más cerca estén los establecimientos, más comienzan a absorber o **"canibalizar"** la clientela de los demás. Para decirlo de otro modo, la empresa **starbucks** expande monstruosamente su mercado mientras cada tienda suya pierde cuota, debido principalmente a los otros establecimientos de **Starbucks!!**.

se haya comprometido en determinado tiempo, pueda ser sancionado por parte del franquiciante con la pérdida del derecho de exclusividad de ese territorio.

En conclusión es necesario incluir la exclusividad territorial como un elemento esencial del contrato de franquicia, por lo tanto su redacción en la Ley de la Propiedad Industrial debe ser mucho más precisa.⁷²

4.8 ELEMENTOS FORMALES

Tenemos como elementos formales, la entrega previa a la firma del contrato, de cierta información técnica, económica y financiera, conforme a lo establecido en el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial y a la inscripción del contrato de franquicia, para que pueda crear efectos en perjuicio de terceros.

La inscripción de la franquicia se hace ante el INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, sin embargo, éste únicamente compete respecto de las licencias de uso de marca o explotación de patente, por lo que es frecuente inscribir sólo un anexo en el cuál consten dichos aspectos y no todo el contrato de franquicia.

Asimismo, pensando en el fisco como tercero, resulta necesaria la inscripción con el objeto de acreditar y deducir los pagos por regalías que se realicen.⁷³

⁷² El artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial en su fracción VII (Circular de oferta franquicia) señala la "definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia". Lo anterior debe interpretarse en que necesariamente existe un territorio exclusivo.

⁷³ Ver www.mx.invertia.com/noticias.asp?id=200105181300_INV_31552&idtel fecha de consulta 10 de octubre de 2005.

CAPITULO V

“PARTICULARIDADES DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO”

SUMARIO.

5.1 Requisitos para franquiciar un negocio.

5.2 Importancia del contrato de franquicia.

5.3 Contratos auxiliares.

5.4 Terminación y causas de rescisión del contrato.

5.5 Solución de controversias.

5.6 Ventajas e inconvenientes del sistema.

5.7 Apoyos Institucionales que respaldan a la franquicia en México.

5.1 REQUISITOS PARA FRANQUICIAR UN NEGOCIO.

“Para expandir una empresa, bajo el sistema de franquicias, es necesario que el empresario se asegure que la actividad a desarrollar es realmente franquiciable. Para esto se requiere verificar y definir estrategias adecuadas de expansión y crecimiento del negocio basadas en estadísticas globales y datos suficientemente comprobados, fundamentados en la experiencia previa del negocio. También es recomendable que el franquiciante cuente con ciertos requisitos específicos para alcanzar con éxito dicho objetivo, dentro de los cuáles destacan los siguientes:

- Tener un negocio rentable.
- Que el negocio sea reconocido.
- Que tenga un buen posicionamiento en el mercado.
- Que su línea de productos o servicios tengan alta calidad.

- Gozar de cierta antigüedad que avale su prestigio.
- Manejar una serie de conceptos originales.
- Rentabilidad y perspectiva de desarrollo aseguradas.
- Que se le pueda enseñar a otros.
- Que maneje una operación estandarizada y sin muchas variables.
- Que no sea muy especializado o complicado de entender y trabajar.
- Que pueda operar a larga distancia.
- Haber experimentado la clonación de su negocio en una unidad piloto.
- Que no dependa de un solo hombre”.¹

Desgraciadamente en la realidad no todos los negocios cuentan con estos elementos, de hecho ante la Ley cualquier empresa que sea titular de una marca registrada o este tramitando una ante el IMPI puede crear sin mayor problema una franquicia. Es así como muchas veces los franquiciatarios han sido embaucados por personas maliciosas, ignorantes o poco éticas que les han hecho creer la existencia de una buena idea comercializable o les han vendido formulas ineficaces a cambio de un canon de entrada.

Para **Ranón Vinay**, vicepresidente mundial de Francorp Internacional, empresa dedicada a la asesoría de franquicias, uno de los mayores problemas en el área comercial de la franquicia es que muchas empresas franquician por hambre, es decir que con tal de obtener dinero fácil, el franquiciante vende la cadena sin estar debidamente capitalizada y contar con un contrato bien definido.²

Para evitar que se cometan estos abusos y se vendan franquicias chatarra, el franquiciatario debe conseguir el máximo de información posible sobre la empresa por su propia cuenta.

¹ FEHER TOCATLI, Ferenz, “Franquicias a la mexicana”; Ed. Mc Graw Hill, México 1999, pp. 13.

² Ver www.ameri.com/apartados/articulos/art270803/franquicia.htm Fecha de consulta 7 de octubre de 2005.

La calidad de la información de la que disponga condicionará en gran medida la decisión que tome, así que debe ser sumamente cauto en la recopilación de datos y en su posterior análisis. En esta fase precontractual tan importante, el franquiciatario debe ser insaciable y no conformarse nunca con la información que llegue a sus manos, sino que siempre debe ser desconfiado e investigar a fondo sobre todas las cuestiones que considere importantes.

5.1.1 CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUICIA (COF).

Para proteger de alguna manera al franquiciatario de la falta de transparencia en la información que le ofrece el franquiciante y de la omisión de datos relevantes al negocio, la Ley de la Propiedad Industrial regula en el artículo 65 de su reglamento las obligaciones informativas que deberá hacer frente todo franquiciante previo a la firma del contrato:

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

- I. Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante.
- II. Descripción de la franquicia.
- III. Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia.
- IV. Derechos de propiedad intelectual que involucran a la franquicia.
- V. Montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante.

- VI. Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario.
- VII. Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia.
- VIII. Derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquiciar a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo.
- IX. Obligaciones del franquiciatario respecto a la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y,
- X. En general las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia.

Es obvio que lo que se pretende con la inserción de estas obligaciones de información a cargo del franquiciante, es que el franquiciatario pueda tomar una decisión bien orientada.³ Lástima que en la práctica este testimonio no sea tan eficiente, pues como no se trata de un documento certificado por ninguna autoridad se presta a que se pueda maquillar al antojo del franquiciante y que la información que ahí se proporcione con relación a la empresa, no sea veraz o simplemente no este actualizada. Además, siendo que una franquicia implica una importante inversión para el que la adquiere, me parece que la Ley de la Propiedad Industrial debería exigir al franquiciante más requisitos, o por lo menos obligarlo a presentar el resultado de su última auditoria contable y que la marca que utilice ostente únicamente la calidad de registrada y no en trámite, lo cual considero completamente ilógico por el simple hecho de que está solicitud podría no ser autorizada por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.⁴

³ **JALIFE DAHER, Mauricio**, "Comentarios la Ley de la Propiedad Industrial": Ed. Mc Graw Hill, México 1998, pp. 287.

⁴ El IMPI puede negar el registro de una marca si esta cae en alguno de los criterios establecidos en el artículo 90 de la LPI, o por que esta ya hubiera sido registrada anteriormente en México o en el extranjero.

Se concluye entonces, que ante la ausencia de una guía seria que prevea en forma precisa lo que el franquiciante tiene que enseñar, habrá siempre gente sin escrúpulos que capitalizando la fiebre de las franquicias, oculten las verdades de su negocio.⁵

5.2 IMPORTANCIA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

“En México, como en otros países que tienen una legislación superficial en la materia, el contrato de franquicia es considerado como la base legal para la relación existente en un sistema de franquicias y debe cubrir todos los aspectos del negocio, así como los derechos y obligaciones tanto del franquiciante como el franquiciatario”.⁶

No se trata de un documento uniforme que recoge cláusulas tipo, pues estos contratos pueden adoptar toda clase de modalidades dependiendo de su giro. Es más bien un documento estratégico que tiene forma jurídica y que constituye la garantía para las dos partes de que todo está perfectamente claro y definido.

Está de más establecer que su redacción requiere alta especialidad y experiencia, no sólo por el carácter técnico de las diversas áreas que abarca este contrato, sino por la inexistencia en el ordenamiento jurídico nacional de pautas o directrices que deben seguir los contratantes en la elaboración del mismo.

Por esto el contrato adquiere una gran relevancia pues es el único documento que puede regular la relación entre las partes, por lo que resulta óptimo que el franquiciante recurra al auxilio de un asesor legal que lo oriente sobre lo que está a punto de firmar.

⁵ GONZALEZ CALVILLO, Enrique, "La experiencia de las franquicias", Ed. Mc Graw Hill, México 1994, pp. 28.

⁶ FEHER TOCATLI, Ferenz, "Franquicias a la mexicana", Ed. Mc Graw Hill, México 1999, pp.32.

La situación ideal nos llevaría por pura lógica a sugerir que en el diseño de los contratos de franquicia intervienen ambas partes, franquiciante y franquiciatario, y que la negociación se desarrolla siguiendo un esquema participativo, en el que cada uno aportará sus puntos de vista. Por desgracia, esta posibilidad es remota, básicamente por que en el origen de toda cadena de franquicia hay siempre un franquiciante, que es quien diseña, pone en marcha la iniciativa y hace de su idea un negocio exitoso. “Los franquiciatarios se van incorporando al esquema a medida que la cadena toma forma, y cuando las reglas del juego están prácticamente definidas en su totalidad, por lo cual las posibilidades de que aporten sus puntos de vista a los aspectos contractuales del negocio son bastante limitadas o nulas”.⁷

“Por esta razón, muchas veces se dice que algunos contratos de franquicia son leoninos, por que son acuerdos que en todas las ventajas y beneficios son acaparados por una de las partes ya que carecen de la equidad necesaria que requiere cualquier contrato”.⁸

Ante los argumentos expuestos, el franquiciatario debe de adoptar una serie de precauciones antes de embarcarse a una aventura que , como ya se ha señalado, se debe enfocar con visión a largo plazo y con criterio de seguridad y estabilidad. Es por ello que la negociación del contrato de franquicia es crucial para el franquiciatario, pues lo que está en juego es su futuro personal y profesional.⁹

5.2.1 CAPÍTULOS QUE DEBE CONTENER EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

⁷ **ESPALIAT CANU, Mauricio, ESPALIAT PLANAS Patricia**, “Franquicia: Una alternativa de trabajo independiente”, Ed. Windsor, Madrid 2002, pp. 82.

⁸ **FEHER TOCATLI, Ferenz, GALLASTEGUÍ, Juan Manuel**, “Las franquicias: Un efecto de la globalización”, Ed. Mc Graw Hill, México 2001, pp. 43.

⁹ **ESPALIAT CANU, Mauricio, ESPALIAT PLANAS, Patricia**, “Franquicia: una alternativa de trabajo independiente”, Ed. Windsor, Madrid 32002, pp. 82.

Como se ha venido reiterando, cada contrato debe satisfacer sus propias necesidades y estar acorde a la complejidad y a las particularidades de la franquicia; sin embargo, considero que hay ciertos temas que deben estar perfectamente establecidos de manera uniforme, a fin de evitar malos entendidos que deriven en posibles controversias:

- 1) **Partes:** son partes del contrato quien otorga la franquicia, es decir el franquiciante y el beneficiario de la misma, es decir el franquiciado.
- 2) **Consideraciones generales:** se consignan bajo este capítulo en términos generales, las características distintivas del sistema por el cual se otorga la franquicia, la marca y las prestaciones de las partes.
- 3) **Establecer la inexistencia de la relación laboral o sociedad:** es importante destacar que entre el franquiciante y el franquiciatario no existe vínculo laboral ni de sociedad, lo cuál constituye un atractivo más para la implementación de este contrato, ya que el franquiciante puede multiplicar indefinidamente su actividad, sin necesidad de establecer sucursales con personal dependiente.
- 4) **Otorgamiento del territorio:** se define un territorio exclusivo, cuyos límites pueden estar representados por una zona delimitada por calles, por municipios, Estados, una región o un país, y dentro de la cuál el franquiciante concede al franquiciatario el derecho de utilizar la marca y el sistema de operaciones definidos en el contrato. Los temas importantes de este punto son el otorgamiento o no de territorio exclusivo por parte del franquiciante y el derecho que este tiene de aprobar o no el futuro emplazamiento de la franquicia. Esto último es fundamental, pues más que una restricción debería ser un servicio de asesoramiento.
- 5) **Pago de derechos por la franquicia:** es el pago inicial de una suma de dinero que el franquiciatario paga al franquiciante en contraprestación al otorgamiento de la franquicia y que permite generalmente al franquiciante recuperar los costos relacionados con la venta de la franquicia, con el soporte al franquiciado, etc..

- 6) **Regalías:** equivalente al pago de una suma de dinero, generalmente definida como un porcentaje de las ventas brutas originadas por el franquiciatario, la cual abona periódicamente al franquiciante. Este período puede establecerse de forma semanal, quincenal, mensual, etc. Las regalías están destinadas a solventar costos de estructura, de soporte y asistencia.
- 7) **Período de vigencia y renovación:** el período de vigencia es el acordado por las partes durante el cual el franquiciatario desarrollará el sistema de franquicias otorgado por el franquiciante, bajo las modalidades establecidas en el contrato. Así mismo, las partes podrán establecer la renovación automática del contrato por períodos equivalentes al inicial pactado.
- 8) **Incumplimiento y extinción:** se describen determinadas conductas contrarias a las pautas establecidas en el contrato, que representan su incumplimiento, estableciéndose que las mismas derivarán en la extinción automática del mismo, por culpa de la parte que hubiere incumplido. Las causas de rescisión deben estar claramente especificadas, lo que significa que no puede tratarse de razones poco transparentes o subjetivas.
- 9) **Publicidad y marketing:** las partes acuerdan en el contrato la implementación de un sistema de marketing y publicidad que se deberá llevar a cabo para promocionar el desarrollo de la franquicia, ya sea en periódicos, televisión, Internet u otros medios. Generalmente se establece en el contrato la formación de un fondo de publicidad administrado por el franquiciante, al que cada franquiciatario perteneciente a la misma franquicia contribuye periódicamente, con una suma equivalente a un porcentaje de las ventas brutas que origine por el desarrollo de la franquicia en su territorio exclusivo.
- 10) **Ubicación, remodelación y apertura del local:** las partes acuerdan en el contrato todas las características relativas a la ubicación, decoración, diseño exterior e interior, remodelación, oportunidad y condiciones de apertura del local del franquiciatario, de modo tal que todos los locales en

los que se desarrolle la franquicia otorgada por el franquiciante brinden la misma apariencia y se desempeñen bajo idénticas modalidades.

- 11) **Equipos, accesorios y mobiliarios:** también se establece contractualmente las características de los equipos, accesorios y mobiliario que deberá adquirir el franquiciatario para desarrollar óptimamente la franquicia. Las pautas acerca de las especificaciones de marcas y tipos requeridos para la implementación de la franquicia son establecidas por el franquiciante, quien además podrá reservarse por el contrato la posibilidad de autorizar determinados suministros o proveedores exclusivos.
- 12) **Capacitación y asistencia:** el franquiciante provee al franquiciatario y todo su personal la capacitación necesaria para desarrollar el sistema de franquicias, estableciéndose en el contrato el plazo y las modalidades según las cuales se complementará dicha capacitación. Así mismo, se establece generalmente en el contrato que el franquiciante otorgara asistencia al franquiciado, tanto en la capacitación inicial como posteriormente durante toda la vigencia del contrato de franquicia. El tipo de entrenamiento que debe tomar obligatoriamente el franquiciatario – antes, durante y después del lanzamiento de la franquicia - tiene que estar claramente especificado. Si nada aparece en el contrato sobre este punto, entonces no es una franquicia seria.
- 13) **Marca:** Las partes acuerdan en el contrato todas las modalidades y limitaciones relacionadas con el uso de la marca de la cual es licenciario exclusivo el franquiciante y cuyo derecho de uso otorga al franquiciado. El tema de la marca es uno de los más delicados, pues en la mayoría de los casos su mal uso puede perjudicar a la empresa y al resto de los franquiciatarios. En el contrato se estipula como debe utilizarse la marca, que el franquiciatario no es dueño de ella, y que todos los derechos en relación con ella son del franquiciante.
- 14) **Contabilidad y registros:** se establecen contractualmente las pautas necesarias para que el franquiciado adapte su sistema de contabilidad y el mantenimiento de sus registros al sistema implementado por el

franquiciante. Los reportes del franquiciatario tienen dos propósitos: la supervisión del franquiciatario y el asesoramiento. De los reportes surgen los problemas que el franquiciatario pudiera tener y el consiguiente consejo del franquiciante sobre cómo sortearlo. El reporte más usual es el de ventas, pues de ahí se desprenden las regalías.

- 15) **Normas de calidad y funcionamiento:** son normas pactadas por las partes que tienen por finalidad establecer pautas y límites preciosos relacionados con el procedimiento operativo, el funcionamiento y las reglas obligatorias dispuestas por el franquiciante, indispensables para el desarrollo de la franquicia. En esta sección del contrato debe quedar estipulada la uniformidad de toda la operación y de todos los productos.
- 16) **Asistencia Operativa del Franquiciante al Franquiciatario:** el franquiciante se obliga contractualmente a brindar asistencia operativa al franquiciatario en cuanto al desarrollo de la franquicia, en todo lo relativo a métodos de operación y servicios que el franquiciatario debe brindar, y a las especificaciones y reglas obligatorias para el franquiciatario establecidas en el contrato. En este capítulo del contrato se habla, usualmente de que el manual de operaciones es estrictamente confidencial, y que toda modificación deberá acatarse de inmediato. Además, se deja en claro que es de propiedad del franquiciante.
- 17) **Obligaciones del franquiciatario:** se consignan todas las obligaciones para el franquiciatario relacionadas al desarrollo de la franquicia otorgada por el franquiciante durante la vigencia del contrato y bajo las modalidades en él establecidas, sin considerarse concreta dicha enunciación.
- 18) **Seguros:** el franquiciatario se obliga a contratar todas las pólizas de seguro requeridas por el franquiciante, bajo las modalidades y con las características necesarias para desarrollar un sistema de franquicias.
- 19) **Fianza y Fideicomiso:** el franquiciatario garantizará el cumplimiento de las obligaciones a su cargo en el contrato de franquicia mediante una fianza a favor del franquiciante. Por otro lado, el franquiciante se puede reservar el derecho a otorgar la franquicia a través de un fideicomiso.

- 20) **Derechos y deberes de las partes luego del vencimiento o extinción del contrato de franquicia:** se enumeran todos los derechos y deberes para el franquiciante y el franquiciatario una vez vencido el plazo de vigencia de la franquicia o bien extinguido el contrato por alguna de las causas previstas, los que se relacionan con el cese de uso de marca y el desarrollo de sistema de franquicias por parte del franquiciatario, los pagos de todas las sumas adeudadas por este al franquiciante, devolución de materiales del franquiciante, etc.
- 21) **“Penalidades:** deben establecerse cláusulas penales que contemplen los casos de incumplimiento de ambas partes. La utilidad de está estipulación es enorme y conviene emplearla siempre que se tenga la menor duda de que una de las partes incurrirá en el hecho ilícito de incumplir en las cláusulas de un contrato.”¹⁰
- 22) **Notificación y domicilio:** las partes fijan domicilios especiales a todos los efectos del contrato y establecen las formas en que se expedirán todas las notificaciones previstas en el mismo.
- 23) **Derecho aplicable:** las partes acuerdan las normas por las cuales resolverán sus discrepancias.
- 24) **Competencia y Jurisdicción:** las partes acuerdan la forma y el lugar en que se resolverán sus discrepancias, pactando generalmente el sometimiento de la controversia en los tribunales correspondientes o a un proceso arbitral en su caso.¹¹

Para evitar malas interpretaciones es frecuente que los contratos contengan un capítulo de definiciones que establezcan con claridad el significado que tendrán, para los efectos del contrato, ciertos términos utilizados en él. Asimismo, sugiero que por ningún motivo el contrato debe garantizar al franquiciatario ni el éxito del negocio ni las utilidades que alcanzará en el mismo, debido a que por si alguna razón no funcionara la nueva franquicia, el franquiciante se vería en la necesidad de responder legalmente por daños y perjuicios.

¹⁰ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, “Derecho de las obligaciones”, Ed. Porrúa, Médico 2002, pp.638.

5.3 CONTRATOS AUXILIARES.

La operación de una franquicia es un proceso sumamente complicado, lo cuál exige al franquiciante confeccionar un contrato minucioso y exacto que valga como fundamento para operar un negocio de franquicia. No obstante, en la relación franquiciante – franquiciatario, existen cuestiones que, a pesar de quedar reguladas en el contrato de franquicia, conviene prestarles mayor protección a través de contratos anexos o auxiliares.¹²

Los contratos auxiliares que se usan con mayor frecuencia para proteger a la franquicia son los siguientes:

- El contrato de comodato sobre los manuales: en este contrato se estipula el derecho que tiene el franquiciatario de usar los manuales, así como su obligación de regresarlos en cuanto le sean solicitados o sea terminado el contrato de franquicia, ya que fueron otorgados en calidad de préstamo.
- El Contrato de confidencialidad entre el franquiciante y el franquiciatario: al ingresar al sistema de franquicia el franquiciatario tendrá acceso a información confidencial propiedad del franquiciante a través de sus manuales y otros medios. Es por ello que mediante el contrato de confidencialidad el franquiciatario convendrá y aceptará tomar todas las medidas necesarias para preservar y proteger dicha información de su franquicia, ni utilizará por sí o por terceros durante y después de la vigencia del contrato de franquicia.
- El contrato de uso de software: este tipo de contrato es muy común en la actualidad, pues casi todas las franquicias operan con un software especializado. Sin embargo, este contrato puede darse en dos

¹¹ Ver www.guiaburzaco.com.ar/Franchising.htm Fecha de consulta 12 de octubre 2005.

¹² **FEHER TOCATLI, Ferenz, GALLASTEGUÍ, Juan Manuel**, “Las Franquicias: un efecto de la globalización”, Ed. Mc Graw Hill, México 2001, pp. 52.

modalidades: el celebrado entre el proveedor extremo que desarrolla el software y el franquiciatario, y el celebrado entre el franquiciante y el franquiciatario, cuando el primero es propietario del software. En ambos casos el franquiciatario recibe el derecho de usar el software bajo ciertas condiciones, como protegerlo contra cualquier acto de piratería.

- El contrato suministro o abastecimiento: a fin de mantener la uniformidad y la calidad de los productos en todas las unidades franquiciadas, se celebra este contrato auxiliar en virtud del cual el franquiciatario se obliga a adquirir determinado producto con un proveedor particular.
- Contrato de arrendamiento puro o financiero: este contrato auxiliar se celebrará cuando el equipo o el bien inmueble donde vaya a operar la nueva unidad franquiciada sea de la propiedad del franquiciante, por lo que este se lo rentará al franquiciatario por un período de tiempo determinado.

No obstante lo anterior, no es un requisito formal el anexar este tipo de contratos pues se pueden incluir sin ningún problema en el mismo contrato de franquicia todas las obligaciones y derechos que se consideren fundamentales para normar la relación entre franquiciante y el franquiciatario. Sin embargo, se recomienda recurrir a los contratos auxiliares con el objeto de facilitar la aplicación y entendimiento del contrato de franquicia, que como ya lo había dicho antes, constituye la base legal de la operación.

5.4 TERMINACIÓN Y CAUSAS DE RESCISIÓN DEL CONTRATO.

5.4.1 TERMINACIÓN.

La terminación del contrato de franquicia es un tema sumamente delicado, pues a falta de regulación legal, el franquiciatario, puede quedar desprotegido como parte débil de esta relación.

En la mayoría de los casos, los contratos de franquicia estipulan el tiempo exacto de la vigencia del mismo. Por lo que el cumplimiento del plazo es la causa normal de la terminación del contrato.

Ahora bien, existen contratos sin plazo fijo, los cuales son completamente válidos en nuestra legislación y traen aparejadas muchas desventajas para los franquiciatarios pues generalmente prevén la posibilidad de que el franquiciante resuelva unilateralmente el acuerdo en cualquier momento, sin expresión aparente de causa y sin obligación de reparar daños y perjuicios. Sin embargo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia a escala internacional ha entendido que en estos casos se exige que dicha protestad se haya establecido contractualmente y que se de al franquiciado un plazo razonable o una indemnización adecuada a su efecto.¹³

Respecto a las causas generales de terminación, **Torres de la Rosa**, considera que al contrato de franquicia le son aplicables las mismas causas que a cualquier contrato en general, tales como: el agotamiento natural del contrato, el vencimiento del término, la muerte o incapacidad sobrevenida de uno de los contratantes; la voluntad unilateral de las partes; el mutuo consentimiento; la quiebra de alguno de los contratantes, o la rescisión del contrato por incumplimiento.¹⁴

ARCE Gargollo considera, acertadamente, que cuando el contrato de franquicia concluye por la llegada del plazo inicialmente pactado o de sus prorrogas, el franquiciatario no tiene derecho a indemnización alguna.¹⁵

5.4.2 CAUSAS DE RESCISIÓN DEL CONTRATO Y SU INTERPRETACIÓN.

¹³ Ver www.protectora.com/boletines/legales/ju103.htm Fecha de consulta 12 de octubre de 2005.

¹⁴ **TORRES DE LA ROSA, Alejandra**, "El Contrato de franquicia en el derecho mexicano", Ed. Porrúa, México 2000, pp. 78.

¹⁵ **ARCE GARGOLLO, Javier**, "El contrato de franquicia", Ed. Themis, México 1994, pp. 61.

Cuando se haya incumplido en el contrato, si existe una declaración a voluntad de la parte perjudicada de rescindir¹⁶ el contrato y desvincularse de la otra parte, dicha parte perjudicada tendrá todo el derecho de llevar a cabo dicha acción.¹⁷

Las circunstancias más comunes de incumplimiento en un contrato de franquicia son las siguientes:

- **Alteración del Know-how:** el franquiciatario ha obtenido un procedimiento probado y exitoso y se ha comprometido a seguirlo. Un incumplimiento a este compromiso puede resultar en la resolución del contrato ya que este estaría poniendo en juego la imagen y el prestigio de la marca o servicio y por lo tanto a la red.¹⁸
- **Falsificación de información o mora en las regalías:** este punto está relacionado con la información de índole financiero que el franquiciatario le debe suministrar al franquiciante con el fin de calcular las regalías periódicas a pagar. Si el franquiciante comprueba que esta información ha sido falsificada, se puede pedir la disolución del contrato inmediatamente. Lo mismo sucedería si el franquiciatario llega a adeudar las regalías de los períodos marcados.¹⁹
- **Prestación de servicios no autorizados:** todo contrato de franquicia debe especificar cuáles son los productos y servicios que debe brindar el franquiciatario. Un cambio no autorizado puede resultar en la disolución del contrato.²⁰

¹⁶ **GUTIÉRREZ Y GONZALEZ** define a la rescisión como un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, -"Ipsa Jure"-, sin la necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente válido, por incumplimiento culpable en este, imputable a una de las partes.

¹⁷ **HERNANDO, GIMÉNEZ, Aurora**, "El contrato de franquicia de empresa", Ed. Civitas, Madrid 2000, pp. 379.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

- **Cesión no autorizada de la franquicia a un tercero:** la prohibición de ceder, gravar, pignorar y de cualquier forma traspasar los derechos de la franquicia a un tercero, debe ser contemplada expresamente dentro del contrato. Si este es el caso y dicha cesión se da, el franquiciatario cae en el incumplimiento.²¹
- **Utilización ilegal de las marcas o derechos del sistema de franquicias:** el franquiciatario sólo puede usar las marcas para lograr el objetivo propuesto en el contrato. En caso contrario se afectaría el objeto mismo de la franquicia.²²
- Que el negocio franquiciado sea clausurado, embargado o intervenido por cualquier autoridad competente.
- Que por cualquier causa el franquiciatario pierda la posesión o el dominio del bien inmueble donde está físicamente la franquicia.
- Que el franquiciante o el franquiciatario incumplan con cualquier disposición legal o administrativa que regule el contrato de franquicia.
- Que el franquiciante incumpla con alguna de las obligaciones pactadas en el contrato de franquicia.

Como se puede apreciar claramente con los ejemplos anteriores, el contrato de franquicia está elaborado con el fin de proteger al franquiciante, por lo cual es importantísimo que el franquiciatario sea asistido por un asesor especializado en franquicias, que le explique específicamente los contenidos y los alcances de las cláusulas del contrato mediante el cuál se concede la operación de dicho sistema.²³

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ **DI CONSTANZO, Juan, VILLALTA, Alejandra**, "Desarrollo de sistemas de Franquicia", Ed. Mc Graw Hill, México 2000, pp.67.

Ahora, cuando un contrato termina de forma súbita y además por incumplimiento de una de las partes, es obvio que una de ellas saldrá perjudicada, pudiendo ser dicho perjuicio de diversa naturaleza.

Por lo mismo es preciso que al momento de crear el contrato se deba de realizar una tarea de interpretación, para que, sí se da el caso de incumplimiento, se pueda determinar si ha sido este o no verdadero, y en consecuencia, tomar decisiones mas o menos drásticas.

Una vez que se haya cometido un incumplimiento de las obligaciones contractuales, se tendrá que clarificar mediante formularios de los cuales se pueda observar ejemplos de supuestos de incumplimiento y posteriormente, si no se ha conseguido aclarar el grado de incumplimiento, se tendrá que acudir a nuestra legislación que estará reflejada en el Código Civil y en el Código de Comercio.²⁴

Si el incumplimiento se diera por parte del franquiciante, el franquiciatario tendría derecho a cobrar el lucro suspendido que se refiere a las ganancias estimadas por la explotación normal y habitual de la franquicia, durante el plazo contractual no cumplido, reduciendo las regalías que eventualmente se hubieran tenido que pagar de ese mismo período, también tendrá derecho al daño moral, el cual debe ser comprobado y además que solo se aplica a personas físicas y no jurídicas.

Si el incumplimiento se da por parte del franquiciatario, el daño del franquiciante se compone del daño emergente que consta de las prestaciones adeudadas por el franquiciatario, daño a la imagen o prestigio de la cadena de franquicia debido al cierre fraudulento, también podría cobrar el lucro cesante compuesto por las regalías u otras prestaciones aún no recibidas, así como el daño moral si fuese persona física con actividad empresarial.²⁵

²⁴ **HERNADO GIMENEZ, Aurora**, "El contrato de franquicia de empresa", Ed. Civitas, Madrid 2000, pp.383.

²⁵ **JIMENEZ, Fabio, FUENTES, Bernal**, "El contrato de franchising", Ed. Investigaciones jurídicas", San José Costa Rica 1995, pp. 54.

5.5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

La carencia de regulación en materia de franquicias y el espejismo de las bondades del sistema, han propiciado como es lógico y normal que se susciten algunos conflictos entre las partes que muchas veces terminan en grandes controversias legales.

Cuando sucede esto en México, por regla general y dado a que el contrato de franquicia es una actividad indudablemente comercial, el procedimiento a seguir será el juicio ordinario mercantil, que regula nuestro Código de Comercio y la autoridad responsable de conocer y resolver dicha controversia será un juez de distrito o bien una autoridad judicial local, ya que la Constitución Política mexicana en su artículo 104 fracción I establece la posibilidad de competencia concurrente, siempre y cuando sólo se afecten intereses particulares²⁶.

Ahora, cada vez es más frecuente y recomendable en el caso concreto de las franquicias, que la decisión en caso de conflicto se ponga en manos de expertos en el mundo empresarial y no se acuda a los tribunales. Los costos de un juicio y, sobre todo, el tiempo que se debe invertir en él han desalentado a los empresarios de plantear sus conflictos ante los tribunales y a preferir los mecanismos alternativos.

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

²⁶ En el derecho mexicano, llamamos jurisdicción concurrente a un fenómeno de atribución competencial simultánea o concurrente, a favor de autoridades judiciales federales (jueces de Distrito) y de autoridades judiciales locales (Jueces de lo Común o estatales). Esta posibilidad de elección es, en la práctica, muy altiva, por razón de la practica viciosa en que incurrten los juzgadores de Distrito de entorpecer el despacho de este tipo de asuntos, y tender a enviar los conflictos a los jueces Estatales para aliviar ellos su carga de trabajo.

En los contratos de franquicia, el compromiso arbitral se expresa a través de una o más cláusulas. Las partes pueden libremente convenir en sus términos e, inclusive, señalar a organismos especializados para que cumplan la tarea arbitral.

Cuando se trata de contratos que involucren elementos internacionales (como sería el caso de franquicias en las que el franquiciante o franquiciatario es extranjero) el compromiso arbitral adquiere mayor importancia, por que de esa manera se evita problemas de señalar desde tribunales competentes hasta reglas de decisión, que suelen constituir arduos problemas jurídicos. En este campo hay Organismos de gran prestigio, como la Cámara Internacional de Comercio, que tiene amplia experiencia y garantizan la imparcialidad de las decisiones; puesto que el arbitraje puede tener lugar en el territorio de los países a que pertenezcan las partes o en un país neutral, y con el número de árbitros que las propias partes convengan.

“Si la controversia es entre dos partes nacionales, las cámaras de Industria, comercio o servicios a que pertenezcan las partes en función de su actividad pueden fungir como árbitros privados. De acuerdo con la nueva Ley de Correduría Pública, una de las funciones asignadas a los corredores públicos es la de fungir como árbitros en controversias mercantiles, ámbito al que le corresponden los contratos de franquicia.”²⁷

5.6. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL SISTEMA.

Las franquicias como todo negocio, implican oportunidades de riesgo y de rentabilidad. Finalmente, el rumbo del sistema depende de la eficiencia y empeño que el emprendedor logre otorgarle. A continuación se estudiarán los beneficios y desventajas que se obtienen al desarrollar un sistema de franquicias.²⁸

²⁷ PURVIN, Robert, “Fraude en las franquicias”, Ed. Cecsca, México 1997, pp. 276.

²⁸ DI CONSTANZO, Juan, VILALTA, Alejandra, “Desarrollo de sistema de franquicias”, Ed. Mc Graw Hill, México 1997, pp.12.

5.6.1 VENTAJAS PARA EL FRANQUICIATARIO.

1. Correrá menos riesgos que empezando un negocio independiente, pues la franquicia esta probada en el mercado y cuenta con al menos una experiencia mínima.
2. Adquisición del know-how o clave del éxito.
3. Imagen de marca y reconocimiento a escala nacional o internacional.
4. Condiciones de compras más favorables.
5. Asistencia técnica y seguimiento del funcionamiento del negocio.
6. Formación inicial y permanente para poder operar dentro de la actividad.
7. Campañas de marketing y publicidad, en ocasiones en grandes medios.
8. Facilidades de financiamiento a través de acuerdos con entidades de crédito.
9. Ayudas en la localización del emplazamiento.
10. Niveles de exclusividad territorial.
11. Investigación y desarrollo de nuevos productos o servicios.
12. Las franquicias han demostrado tener mayor resistencia a la crisis que los negocios independientes.

5.6.2. PRINCIPALES INCONVENIENTES PARA EL FRANQUICIATARIO.

1. Soportar unos costes adicionales que no se encontrarían en caso de la apertura de un comercio independiente (derecho de entrada y royalties de funcionamiento y publicidad).
2. El franquiciatario tendrá un margen reducido de creatividad, ya que todos los aspectos relativos a la explotación del negocio están predefinidos desde la central de franquicias y estipulados en los manuales operativos y de imagen gráfica.
3. Superar las previsiones iniciales de rentabilidad establecidas puede llevar al franquiciatario a cuestionarse la necesidad de pagar los royalties y terminar por no aceptar de buen grado las visitas del personal de control del franquiciador.

4. El bajo rendimiento y capacidad de otros puntos de venta de la red pueden afectar gravemente la imagen y reputación del negocio, sin que se puedan tomar demasiadas iniciativas para remediarlo.
5. Pueden establecerse algunas limitaciones para la venta o traspaso del negocio. El franquiciatario puede tener derechos de compra y rescisión del contrato según las condiciones definidas en el mismo.²⁹
6. La falta de regulación trae como consecuencia que exista poco respaldo legal que permita satisfacer posibles conflictos de intereses dejando desprotegidos muchas veces a los franquiciatarios.
7. Un franquiciante no ético que con ánimo de lucro no pretende establecer una correcta relación de apoyo al franquiciatario.
8. En caso de una franquicia internacional, el franquiciante puede exigir que el franquiciatario pague con lapsos cortos y en monedas duras, a sabiendas de que el empresario local devenga pesos mexicanos en un ambiente devaluado e inflacionario.

5.6.3 LAS VENTAJAS PARA EL FRANQUICIANTE.

1. Posibilidades de aumentar la red de distribución sin necesidad de realizar grandes inversiones financieras y de personal.
2. Diversidad de ingresos.
3. Control total en la distribución del producto.
4. Mantenimiento y protección de una marca comercial homogénea.
5. Ausencia de grandes gastos de control en la gestión.
6. Su marca se beneficia por mayor presencia en el mercado.
7. No existe una relación laboral, sino un contrato específico entre empresarios independientes.

²⁹ Uno de los constantes abusos que se llegan a cometer en estos contratos, consiste en el establecimiento de cláusulas, o el aprovechamiento de la legislación actual, que permiten o proporcionan, al franquiciante el dar por terminado en cualquier momento estos contratos, muchas veces, antes de que la contraparte pueda recuperar su inversión y obtener ganancias. También es frecuente que no exista forma de terminación de los contratos a voluntad del franquiciatario, en aquellos casos que confiado en la información y en las expectativas económicas que le ofreció el franquiciante, invierte sus recursos y

8. La franquicia representa para el franquiciante un sistema de crecimiento basado en el apalancamiento productivo, financiero y comercial.
9. Al fijarse las regalías en un porcentaje determinado de las ventas brutas y no en las utilidades, el franquiciante siempre gana aunque la unidad franquiciada vaya mal.
10. Rentabilización de los esfuerzos de marketing y comunicación.³⁰

5.6.4. DESVENTAJAS DEL FRANQUICIANTE.

1. Posibilidad de pérdida de control sobre actividades que realiza el franquiciatario.
2. Resistencia de los franquiciatarios al pago de regalías.
3. Multiplicación del riesgo del negocio en caso de fracaso de una de las unidades franquiciadas.
4. Que el franquiciatario venda o transmita sus secretos a terceras partes.
5. Que el franquiciatario haga mal uso de la marca o del nombre comercial.
6. Manipulación de los registros contables por parte del franquiciatario.
7. “Riesgos de generar un competidor en el franquiciatario, una vez que termine el contrato de franquicia.”³¹
8. “El franquiciante asume riesgos de litigio que pueden ser sumamente costosos. Estos problemas se diluyen cuando la franquicia ha sido bien diseñada.”³²

tiempo en la comercialización de bienes y servicios de escasa oferta, orillándolo a seguir comprometiendo su patrimonio en negocios de escasa rentabilidad y sin poderse salir.

³⁰ 1000 Franquicias para crear su propio negocio, Vol. 10, Núm. 1, Enero 2003.

³¹ **DI COSTANZO, Juan**, VILALTA Alejandra, “Desarrollo de Sistema De Franquicias “, Ed. Mac Graw Hill, México 1997, pp.14.

³² **TORIBIO RIBAS, Ana María**, “El Contrato de Franquicia en el Derecho Comunitario de la Competencia”: Ed. Torero, Madrid 1999, pp. 59.

5.6.5. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS FRANQUICIAS PARA EL CONSUMIDOR.

1. Puede obtener los mismos productos, en cuanto a forma y calidad, en todos los puntos de venta de la cadena.
2. Igualdad de precios y servicios en los diferentes puntos de venta, inclusive en zonas geográficas distantes.
3. Estándares de calidad y servicio que garantizan un servicio fiable en toda la cadena, además de la gama de servicios que implica.
4. Inflexibilidad en la posibilidad de renegociar precios de compra.

5.7. APOYOS INSTITUCIONALES QUE RESPALDAN A LA FRANQUICIA EN MÉXICO.

La Asociación Mexicana de Franquicias (AMF):

En junio de 1988, se llevó a cabo la primera conferencia sobre franquicias en México, misma que estuvo a cargo de la Cámara de Comercio Americana.

Debido al éxito de la misma e influenciados por los mismos americanos, se comenzó a pensar en la idea de crear una Asociación Mexicana de Franquicias que agrupara a los franquiciantes más importantes del país, por lo que a finales de ese mismo año, se llevo a cabo la primera reunión entre un grupo de destacados empresarios mexicanos para discutir la viabilidad del proyecto.

Así es como en 1989 nace formalmente la Asociación Mexicana de Franquicias (AMF) que contaba con la participación de seis empresas de dos consultores con la finalidad de crear consolidar el desarrollo de las franquicias en México.

Desde entonces y hasta la fecha, es impresionante el camino recorrido por esta asociación; pues no sólo cuenta con la participación de más de 550 empresas franquiciantes que se desarrollan en más de 65 giros de negocio diferentes, sino que se encuentra ya en una fuerte etapa de exportación de franquicias mexicanas dentro de mercados internacionales.³³

Los objetivos que persigue la Asociación Mexicana de Franquicias desde su creación se pueden resumir en los siguientes:

- a) “Fungir como vínculo o contacto entre franquiciantes e inversionistas tanto mexicanos como extranjeros.
- b) Servir como mediador entre los conflictos que se puedan suscitar entre franquiciantes y franquiciados.
- c) Presentar un frente común ante las autoridades competentes con el fin de promover y apoyar el sistema de franquicia y coadyuvar con las mismas, en dicha promoción.
- d) Mantener un intercambio constante con asociaciones hermanas en el exterior, promoviendo y participando en ferias, conferencias, congresos, seminarios, debates, eventos internacionales, etc.”³⁴

Como aspecto negativo de la Asociación Mexicana de Franquicias se puede decir que ha sido la responsable en gran medida de la poquísima regulación que hay de este precepto en nuestro país, pues fue la que desde un principio presionó e influenció a las autoridades competentes a no legislar este sistema de manera estricta con tal de atraer la inversión extranjera pero sin pensar en las posibles repercusiones futuras. Por lo tanto, es necesario que los miembros de esta asociación sean menos comerciantes y más profesionales y no sólo traten de vender la franquicia que más les deja.

³³ Ver <http://www.franquiciasdemexico.org/arthistoriayestadisticas.html> Fecha de consulta 18 de octubre del 2005.

BANCOMEXT (BANCO NACIONAL DE COMERCIO EXTERIOR):

Es el instrumento del gobierno mexicano cuya misión consiste en impulsar el crecimiento de las empresas mexicanas, principalmente pequeñas y medianas e incrementar su participación en los mercados globales³⁵. En relación al negocio de franquicias, brinda apoyo financiero para la promoción de franquicias mexicanas en el extranjero, a través de asesoramiento y la realización de eventos comerciales.

Calidad Mexicana Certificada (CALMECAC):

Es un organismo de certificación y verificación nacional que junto con la Asociación Mexicana de Franquicias introdujo el primer esquema de certificación de franquicias a nivel mundial, desarrollando bajo los parámetros metodológicos de la International Standard Organización (ISO).

Esta norma mexicana, si bien es de cumplimiento voluntario, establece una serie de requisitos legales, operativos, administrativos, comerciales, financieros y estratégicos que deben cumplir las franquicias para constituirse como tales. Las empresas que lleguen a ostentar el sello distintivo de cumplimiento de la norma, significara que cuentan con los procedimientos y sistemas necesarios para cumplir con sus promesas de soporte y asistencia técnica.³⁶

³⁴ **TORRES DE LA ROSA, Alejandra**, "El contrato de franquicia en el derecho mexicano", Ed. Porrúa, México 2000, pp.94.

³⁵ <http://www.bancomext.com/Bancomext/portal/portal.jsp?parent=6&category=3597&document=3556> Fecha de consulta 20 de octubre de 2005.

³⁶ Ver <http://www.franquiciaweb.com/REV30/tapa.html> Fecha de consulta 21 de octubre de 2005.

CAPITULO VI

RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES.

6.1 RECOMENDACIONES:

Como resultado de este trabajo de investigación propongo:

I.- Que se incorpore el contrato de Franquicia al Código de Comercio, pues se trata de una actividad comercial sumamente utilizada en nuestro país, por lo tanto debe de estar sujeta a reglas muy claras que rijan la relación privada entre las partes.

II.- Según la Ley de Competencia Económica existen algunos artículos a los cuales el sistema de franquicia viola directamente (Art. 9 y 10 ¹), ya que la

¹ **ARTÍCULO 9.-** Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:**I.-** Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;**II.-** Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios; **III.-** Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; **oIV.-** Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar.**ARTÍCULO 10.** Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:**I.** Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;**II.** La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor deba observar al comercializar o distribuir bienes o prestar servicios;**III.** La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;**IV.** La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;**V.** La acción unilateral consistente en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;**VI.** La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún agente económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho agente económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado;**VII.** La venta sistemática de bienes o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable, cuando existan elementos para presumir que estas pérdidas serán recuperadas mediante incrementos futuros de precios, en los términos del Reglamento de esta Ley.Cuando se trate de bienes o servicios producidos conjuntamente o divisibles para su comercialización, el costo medio total y el costo medio variable se distribuirán entre todos los subproductos o coproductos, en los términos del reglamento de esta Ley;**VIII.** El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;**IX.** El uso de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien o servicio;**X.** El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones, y**XI.** La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.Para determinar si las prácticas a que se refiere este artículo deben ser sancionadas en términos de esta Ley, la Comisión analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia. Estas ganancias en eficiencia podrán incluir las siguientes: la introducción de productos nuevos; el aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos; las

empresa franquiciante obliga, y se obliga a prácticas restrictivas a la libre competencia. Ahora bien, considerando que en algunos casos son más las ventajas que ofrece el sistema, que las desventajas a nivel de competencia, es necesario estudiar la factibilidad de que se dicte un Reglamento de Excepción, para el sistema de franquicias en el cual se estipulen ciertas directrices.

III.- Un buen marco jurídico de la franquicia debe partir de su definición; por lo tanto se debe de reformar el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, ya que el concepto de franquicia que enuncia este ordenamiento es ambiguo e incompleto. La definición que se recomienda es:

Contrato celebrado entre dos partes económica y jurídicamente independientes, en virtud del cuál una de las partes denominada franquiciante, le otorga a la otra denominada franquiciatario el derecho de utilizar bajo determinadas condiciones de control, en tiempo y zona geográfica delimitados la licencia de uso de nombre comercial, marca o en su caso el derecho de explotación de alguna patente y le transfiere todas las técnicas y conocimientos para operar de una manera uniforme el negocio. De igual forma, el franquiciatario se compromete al pago de una contraprestación económica al adquirir éste sistema operativo.

IV.- Así mismo se deberían de realizar otras reformas en el mismo artículo, que complementen lo siguiente:

- El franquiciante deberá otorgar de manera obligatoria al franquiciatario, bajo pena de nulidad, y por lo menos con 20 días de anticipación a la firma del contrato de franquicia, la información a que se refiere el artículo 65 de la Ley de la Propiedad Industrial, la que se denominará Circular De Oferta de Franquicia.
- La falta de veracidad u omisión de algún dato en la Circular de Oferta de Franquicia dará derecho al franquiciatario, además de exigir la nulidad del contrato en los términos del párrafo anterior, a exigir del franquiciante el pago por los daños y perjuicios ocasionados.
- El contrato de franquicia debe constar por escrito y deberá inscribirse ante el Instituto Mexicano de la propiedad industrial.
- Sólo podrán ser materia de franquicias las marcas registradas y no aquellas que se encuentren en trámite.

V.- A su vez el Artículo 65 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial, cuenta con un gran número de defectos, por lo que en vez de recaudar una fuente de información fidedigna para que el franquiciatario conozca lo bueno y lo malo acerca de la empresa en la que se esta dispuesto a invertir, sólo tiene acceso a una serie de datos intrascendentes que poco le dicen sobre la Franquicia. Por lo

reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción; la introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados; la combinación de activos productivos o inversiones y su recuperación que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes y servicios; las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución; que no causen un aumento significativo en precios, o una reducción significativa en las opciones del consumidor, o una inhibición importante en el grado de innovación en el mercado relevante; así como las demás que demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos.

tanto, es de imperiosa necesidad que este documento sea ampliado con el fin de proteger a los franquiciatarios de los posibles abusos de los franquiciantes sin escrúpulos que venden empresas chatarras sin ningún futuro. Los requisitos que se proponen incorporar son los siguientes:

- Antecedentes del franquiciante, denominación y forma social de éste y de todas las empresas que estén vinculadas con él.
- Identidad y experiencia en los negocios de los ejecutivos y directores.
- Historial crediticio del franquiciante.
- Indicación de los juicios que mantiene el franquiciante, sus empresas controladas y titulares de marcas o patentes relativas a la operación de la franquicia.
- Protección de territorios exclusivos.
- Vigencia del contrato, señalándose que este no podrá ser mayor a 10 años.
- Marcas registradas u otros derechos de propiedad intelectual.
- Restricciones en la venta de bienes y servicios.
- Renovación, cancelación o cesión de la franquicia.
- Declaración de ingresos.
- Nombres, direcciones y teléfonos de franquiciantes actuales y anteriores.
- Resultados financieros y balance de los 2 últimos ejercicios del franquiciante.
- Copia del contrato de franquicia y de otros contratos y acuerdos.
- Detalle de las inversiones destinadas a la implementación del sistema.
- Monto de los derechos de ingreso, monto de las instalaciones en mercaderías, otras inversiones y pagos a la fecha de entrada de la operación de la franquicia.
- Disposiciones relativas al suministro de mercancías y contratación con proveedores.
- Situación del franquiciante después de la terminación del contrato. Para el caso de que se establezca la prohibición para el franquiciatario de no dedicarse al término del contrato a un igual o similar al objeto de la franquicia, dicha prohibición no podrá exceder, del término de 2 años a partir de la fecha de terminación o rescisión del contrato.

VI.- Por último para evitar que se siga engañando impunemente a una serie de inversionistas con falsas promesas de adquirir negocios súper exitosos, por medio de los cuales van a recuperar su inversión en lapsos muy cortos, sugiero que se incorpore a la Ley de la Propiedad Industrial el siguiente requisito:

Para poder otorgar una franquicia, el franquiciante deberá haber explotado su negocio, durante un período mínimo de 2 años, y contar con una unidad piloto antes de poner en marcha una red de franquicias de su propiedad.

6.2 CONCLUSIONES:

1.- Existen actualmente más de 700 franquicias operando en México, el 60% de estas son de origen mexicano y el otro 40% de origen extranjero; de tal

manera que nuestro país se ubica dentro de las 10 naciones que más han desarrollado el sistema de franquicia en todo el mundo. Además los beneficios económicos que esta forma de negocio ha aportado a nuestra sociedad son notables, pues constituye una importante participación al PIB y a la recaudación fiscal, estimula la inversión nacional y extranjera, es una importante fuente de creación de empleos de diferentes niveles y requerimientos, y asegura a los consumidores recibir una alta calidad de servicios o productos especializados, a precio justo, dentro del escenario de la libre competencia.

2.- La franquicia tal y como la conocemos hoy en día surgió en Estados Unidos de Norteamérica a mediados del siglo XIX. Pero en realidad las franquicias no tuvieron el apoyo y el reconocimiento público hasta un siglo después cuando varios negocios dedicados a diferentes giros comenzaron a utilizarlas con gran éxito.

3.- La expansión que se ha experimentado en el terreno de las franquicias en otros países no ha sido menos impresionante que en Estados Unidos de Norteamérica. La internacionalización de la franquicia se ha facilitado principalmente por la globalización de los mercados, la interrelación de los países y la creación de zonas de libre comercio. De esta forma las marcas, los conceptos y las grandes ideas han llegado a los demás países con mucha mayor velocidad, agilizando el aterrizaje y la promoción a escala mundial de una franquicia extranjera.

4.- Originalmente la legislación mexicana no era propicia para que se asentaran las franquicias en nuestro territorio debido a la poca seguridad jurídica que se brindaba a este sector. Esto cambió radicalmente en la década de los ochenta, cuando el país tuvo que adoptar el nuevo modelo neoliberal impuesto por las grandes potencias. Desde ahí, en México se suscitaron grandes cambios que se manifestaron a través de la apertura de las fronteras, las nuevas relaciones internacionales, la firma y adhesión a diversos tratados internacionales y el

proceso de des-regulación para fomentar la inversión extranjera y la transferencia de tecnología. Estas situaciones motivaron a nuestro país a modificar muchas de sus normas jurídicas aplicables y a adecuarlas a las nuevas circunstancias de la época moderna.

5.- En México la legislación en materia de franquicias, consta sólo de dos artículos en dos diferentes disposiciones legales. El primero es el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, cuyo contenido se puede resumir así:

- a) Definición de la franquicia;
- b) Obligación por parte del franquiciante de entregar a sus futuros franquiciatarios – previamente a la celebración del contrato - la información básica de la misma en un documento denominado Circular de Oferta de Franquicia (COF);
- c) Obligación del franquiciante o del franquiciatario de inscribir el contrato de franquicia ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, a efecto de que esta autoridad registre la o las licencias de uso de marca que contiene un contrato de franquicia.

La segunda disposición jurídica es el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, que define con exactitud el contenido de la Circular de oferta de franquicia (COF). Tanto el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, como el 65 de su Reglamento deben ser reformados por ser ambiguos y deficientes.

6.- En México el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial se limita a nombrar y configurar el contrato de franquicia, prescindiendo de cualquier régimen propio. De ahí que este contrato siga siendo, pues un contrato nominado que pertenece a la atipicidad al estar privado de una disciplina orgánica -jurídico-privada. Es decir, que aunque la Ley de la Propiedad Industrial contempla a la franquicia, no convierte a este contrato en una figura regulada específicamente en

el derecho mexicano, en virtud de que la misma no contempla la relación jurídica entre el franquiciante y el franquiciatario en su relación de derecho privado. La reglamentación contenida en la Ley de la Propiedad Industrial es de derecho administrativo y registral, lo que significa que sólo contempla la relación entre las partes contratantes con la Administración Pública Federal.

7.- A falta de una regulación legal específica, la relación entre franquiciante y el franquiciatario se plasma en un contrato de franquicia. Este instrumento debe ser sumamente minucioso y cubrir todos los aspectos referentes al negocio franquiciado, y principalmente definir los derechos y obligaciones de las partes. Ahora bien, dada su naturaleza sui generis, este contrato es sumamente complejo y dado su particular dinamismo se encuentra sujeto a una basta normativa legal, prevaleciendo sobre todo la voluntad de las partes y los términos a los que estos quieran obligarse.

8.- Los elementos de existencia y validez de un contrato de franquicia son los mismos de cualquier otro contrato. Su clasificación según sus características es la siguiente: mercantil, principal, bilateral, oneroso, conmutativo, intuitu personae, formal, de tracto sucesivo, nominado, generalmente de adhesión y atípico.

9.- Muchas de las legislaciones de América Latina incluyendo México no regulan en su mayoría, los contratos de franquicia. Por lo que estos contratos pueden realizarse sin limitación alguna, ya que las legislaciones de estos países (basadas en el Código Napoleónico) permiten a los ciudadanos realizar actos que no se encuentran expresamente prohibidos por las leyes. Para este tipo de legislaciones, los contratos se entiende que son ley entre las partes. Pero esto es un arma de doble filo pues los postulados de igualdad y libertad jurídica que constituyen el fundamento de la autonomía de la voluntad, no siempre se cumplen, pues frente a la igualdad jurídica podría existir una subordinación económica. Esto es lo que sucede generalmente en los contratos de franquicia, por lo que es necesario fijar límites para brindar un adecuado equilibrio entre las partes. Estas

restricciones o límites deben considerarse, como normas de Derecho Público, y por lo mismo, no renunciables.

10.- Es indudable que la falta de asesoría jurídica, generalmente por parte del franquiciatario es una de las principales causas de que en el contrato de franquicia se cometan una serie de abusos y arbitrariedades por parte del franquiciante, pero también se debe de reconocer que la carencia de una legislación adecuada impide que las partes involucradas en dicho contrato, conozcan de antemano los lineamientos que permitan una relación equitativa entre el franquiciante y el franquiciatario.

11.- La incorporación del contrato de franquicia al Código de Comercio sería de gran relevancia para las partes. Hasta ahora este negocio ha funcionado de una forma atípica. Por un lado el franquiciante lleva las mejores ventajas de la negociación, puesto que el franquiciatario se suscribe sumisamente a un contrato de adhesión mediante el cual acepta todos los términos y condiciones establecidos por el franquiciante, aún cuando existan cláusulas sumamente obscuras y abusivas que llegan muchas veces a ir en contra de la propia Constitución (art. 5 y 28). Por otro lado, el franquiciatario se ve atraído por la garantía de “éxito rápido y seguro” y por la fuerte ilusión de hacer realidad el sueño de manejar un negocio propio, sin saber que realmente podría ser defraudado.

12.- En esencia, la Ley de Competencia Económica restringe seriamente muchas de las condiciones habituales de contratación y operación de franquicias, por considerarlas contrarias a las normas de competencia. Esta Ley impide entre otras cuestiones los acuerdos que celebra el franquiciante con sus franquiciatarios, por medio de los cuales se obliga a estos a adquirir insumos y materiales necesarios para la operación de las franquicias del propio franquiciante, excluyendo al resto de oferentes de la posibilidad de vender sus productos a negocios que operan bajo este sistema. Ahora bien, en la práctica las franquicias

han gozado de un trato preferencial que por alguna razón les ha exentado de juicios más severos. Si la legislación mexicana en materia de competencia se aplica como debería, ello conducirá invariablemente a que las franquicias tengan que replantear su estructura y funcionamiento, en puntos que han constituido sus ventajas más sólidas frente a sistemas convencionales de comercio.

13.- La propuesta de incorporar el contrato de franquicia al Código de comercio tendrá necesariamente ventajas y desventajas, pero el hecho de que exista una normatividad brinda una mayor seguridad a las partes al saber el sentido de la legalidad o ilegalidad del esquema, y obviamente el hecho de que exista en la Ley permitirá conocer la directriz para operar de una manera que no solamente va a ser tachada moralmente a través de la violación del Código de ética de la Asociación Mexicana de Franquicias, sino que se considera ilegal.

14.- Actualmente en nuestro país, el procedimiento a seguir en caso de una controversia concerniente a alguna franquicia debe de ser el juicio ordinario mercantil que regula nuestro Código de comercio, aunque existe la posibilidad de recurrir a la mediación o al arbitraje si así fuese pactado previamente en el contrato de franquicia.

15.- Estados Unidos de Norteamérica como pionero de este sistema, enfrentó durante la década de los 60 y principios de los 70 una serie de irregularidades, estafas y abusos en la franquicia que propiciaron la implementación de estrictas leyes estatales que desalentaron a los franquiciantes poco éticos a franquiciar negocios que no tuvieran bases sólidas y transparentes. Así mismo, en 1979 la Comisión Federal de comercio promulgó un reglamento sobre la franquicia a nivel nacional. El incumplimiento de las disposiciones estatales o federales son sancionadas por fuertes multas económicas. Por otro lado, esta nación es de las pocas en el mundo que cuentan con una Asociación Nacional de Franquiciatarios [Asociación nacional de franquiciatarios y

distribuidores (AAFD)] la cual vela por los derechos de los franquiciatarios y tiene gran influencia legislativa ante el Congreso.

16.- España al igual que México tiene un futuro prometedor en este sector. Su regulación se basa en la autonomía de la voluntad y en algunas disposiciones complementarias de carácter administrativo que definen a la franquicia y obligan a registrar este contrato. De igual forma, establecen que en caso de incumplimiento de la obligación de inscripción en el registro correspondiente, el franquiciante infractor se hará acreedor de una fuerte sanción económica. España es miembro de la Federación Europea de las Franquicias, organización que cuenta con un Código Deontológico, el cual es de cumplimiento voluntario y marca ciertas pautas a seguir en la franquicia.

17.- Argentina de todos los países estudiados, es el que se encuentra más desprotegido ya que no cuenta con ningún tipo de reglamentación específica en la materia, su única defensa parte del principio que establece que los contratos son ley inquebrantable para las partes. Cuentan como muchas otras naciones con un Código de Ética, el cual no sirve de mucho, pues su cumplimiento es voluntario.

18.- Brasil es sin duda alguna el caso más interesante de franquicias en latino América. No sólo por que fue el primer país que no importó sus primeras franquicias de Estados Unidos de Norteamérica, sino por que constituye el segundo mercado a nivel mundial de esta forma de negocios. Su legislación es bastante estricta y su Circular de Oferta de Franquicia (COF) contiene un gran número de elementos los cuales México debería incorporar. Últimamente han fracasado importantes cadenas norteamericanas como Mc Donald's, lo que está poniendo en duda la invulnerabilidad del sistema ante los ojos del mundo.

19.- La franquicia ha tenido tanto auge que organismos internacionales como la UNIDROIT y la OMPI (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL), se han preocupado por incorporar este concepto a sus planes de

investigación y han elaborado propuestas interesantes que se deberían tomar en cuenta. Como es lógico, esto ha generado cierta polémica pues existen naciones que argumentan la necesidad de un régimen universal unificado y otras que prefieren dejar a cada legislación nacional un régimen propio.

20.- La franquicia es un sistema comercial que actualmente constituye una alternativa económica muy interesante dadas las actuales condiciones del mercado financiero mundial. Algunas estadísticas posicionan a esta como la sucesora de los pequeños negocios independientes y tal vez así sea. Pero esto no quiere decir que la franquicia este libre de riesgos o desventajas, por lo tanto si realmente se va a constituir en un futuro como la nueva forma de operación de los negocios a escala global, es necesario que fortalezcamos la legislación existente en la materia, además de incorporar este contrato a nuestro Código de comercio que es el lugar donde mi punto de vista corresponde estar.

21.- Por último hay que tener en cuenta que todo negocio puede ser susceptible a poderse franquiciar, sin embargo no necesariamente todas las empresas deberían franquiciarse, por lo que es fundamental que el dueño de la marca y el interesado en adquirirla se cuestionen sobre la viabilidad de la cadena. Una marca popular y un sistema operativo probado puede ofrecer una oportunidad competitiva muy interesante, pero en México se presenta el caso de que la inmensa mayoría de las franquicias son desconocidas, no probadas y con cuotas o regalías que difícilmente se pueden justificar.

BIBLIOGRAFÍA:

1000 Franquicias para crear su propio negocio, Vol. 10, Núm. 1, Enero 2003.

ARCE GARGOLLO, Javier, "El Contrato de Franquicia"; Ed. Themis, México 1994.

ARCE GARGOLLO, Javier, "Contratos Mercantiles Atípicos"; Editorial Porrúa, México 2000.

BORIAN, Donald, "Las Ventajas del Franchising", Ed Macchi, Buenos Aires 1993.

CHULÍA, Vicente, BELTRÁN, Teresa, "Aspectos jurídicos de los contratos atípicos"; Editorial Bosch, España 1999.

DE PINA, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Ed. Porrúa, México 1960.

DI CONSTANZO, Juan, VILLALTA, Alejandra, "Desarrollo de sistemas de Franquicia", Ed. Mc Graw Hill, México 2000.

DÍAZ BRAVO, Arturo, "Contratos mercantiles"; Editorial Oxford, México 2002.

ESPALIAT CANU, Mauricio, ESPALIAT PLANAS, Patricia, "Franquicia: Una Alternativa de Trabajo Independiente"; Editorial Windsor, Madrid 2002.

FARINA, Juan Manuel, "Contratos Comerciales Modernos"; Editorial Astrea, Buenos Aires 1993.

FEHER TOCATLI, Ferez, GALLASTEGUÍ, Juan Manuel, "Las Franquicias: un efecto de la globalización"; Editorial Mac Graw Hill, México 2001.

FEHER TOCATLI, Ferez, "Franquicias a la mexicana"; Editorial Mc Graw Hill, México 1999.

GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, "Las franquicias la revolución de los 90", Editorial Mc Graw Hill, México 1994.

GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique, "La Experiencia de las franquicias"; Editorial Mc Graw Hill, México 1994.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las obligaciones", Ed. Porrúa, México 2002.

GUYENOT, Jean, "Que es el Franchising"; Editorial Ejea, Buenos Aires 1977.

HERNADO GIMENEZ, Aurora, "El contrato de franquicia de empresa", Ed. Civitas, Madrid 2000.

JALIFE DAHER, Mauricio, "Comentarios la Ley de la Propiedad Industrial": Ed. Mc Graw Hill, México 1998.

JIMENEZ, Fabio, FUENTES, Bernal, “El contrato de franchising”, Ed. Investigaciones jurídicas”, San José Costa Rica 1995.

KAUFFMANN, David, “Franchising: Business Strategies and legal Compliance”, estudio que forma parte de una obra con el mismo título y varios autores, Nueva York 1998.

KOTHLER, Phillip, “Dirección de la mercadotecnia”: Editorial Prentice Hall, México 1980.

LÁZARO SANCHEZ, Emilio, “El contrato de Franquicia: Aspectos básicos”, Ed. Universidad de Múrica, Múrica 2000.

LAZARO SANCHEZ, Emilio, “Anales del derecho: El Contrato de Franquicia”; Editorial Universidad de Murica, España 2000.

MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Los Contratos de Dominación Empresarial y la Solidaridad laboral”, Ed. Depalma, Buenos Aires 1996.

MAZAROTI, Osvaldo, “Franchising”; Editorial Astrea, Buenos Aires 2001.

MAZAROTI, Osvaldo, “Sistemas de distribución Comercial”; Editorial Astrea, Buenos Aires 1992.

PARELLADA, Carlos, “Contratos Atípicos”; Ed. Picasso, Buenos Aires 2001.

PEDREÑO, Pedro, “Que es el Franchising”; Editorial Gudiana, Madrid 1973.

PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, “Contratos Civiles”, Ed. Porrúa, México 2000.

PURVIN, Robert, “Fraude en las franquicias”, Ed. Cecsá, México 1997.

RAAB, Steven, MATUSKY, Gregory, “Franquicias: Como Multiplicar su Negocio”; Editorial Limusa, México 2002.

Rankin 2001 de franquicias en la Argentina, Franchising Magazine, numero 26.

Reforma, Periódico, publicado el 23 de febrero de 1997.

SANCHEZ MEDAL, Ramón, “De los Contratos Civiles”, Ed. Porrúa, México 1994.

The Wall Street Journal, Periódico 21 de octubre de 2003.

TORIBIO RIBAS, Ana María, “El Contrato de Franquicia en el Derecho Comunitario de la Competencia”: Ed. Torero, Madrid 1999.

TORRES DE LA ROSA, Alejandra, “El contrato de franquicia en el derecho mexicano”, Editorial Porrúa, México 2000.

LEYES CONSULTADAS EN LA PAGINA DE INTERNET:

www.ordenjuridico.gob.mx :

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Comercio.

Código Fiscal de la Federación.

Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

Ley de la Propiedad Industrial.

Ley de Inversión Extranjera.

Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial.

OTROS CONSULTADOS EN INTERNET:

<http://www.unidroit.org/english/franchising/modellaw/modellaw-e.pdf>

www.ameri.com/apartados/articulos/art270803/franquicia.htm

www.guiaburzaco.com.ar/Franchising.htm

www.protectora.com/boletines/legales/ju103.htm

<http://www.franquiciasdemexico.org/arthistoriayestadisticas.html>

www.pcram.com.ar

www.tormo.com/franquiciados/información/datos/mundo.asp

www.guiaburzaco.com.ar/FRANCHISING.htm

www.conferco.es/franquic/franpas1.htm

www.franchiseorg./spanishfacts.asp

www.delitosinformaticos.com/trabajos/franquiciashtm

www.latintrade.com/newsite/esp/content/archives.cfm?StoryID=1656

<http://www.geocities.com/itsfranchising/ARTICULO.HTML>

<http://arbiter.wipo.int/center/index-es.html>

[http://www.bancomext.com/Bancomext/portal/portal.jsp?parent=6&category=3597
&document=3556](http://www.bancomext.com/Bancomext/portal/portal.jsp?parent=6&category=3597&document=3556)

<http://www.franquiciaweb.com/REV30/tapa.html>

www.conferco.es/franquic/franpas1.htm

www.torno.com.mx/informacion/sistemafranquicia/marcolegal.asp
www.franquiciasdemexico.org
www.Torno.com.mx
www.franquiciasdemexico.org/artsectorconsolidacion.htm
www.geocities.com.unamosapuntes4/teoria/de/lasfranmex.htm
www.haznegocio.com/marzo2002_2/portada.htm
www.franquiciasdemexico.org/artvalordeunafranquicia.html
www.elcontratodefranquicia.com.htm
www.monografias.com
www.mercadeo.com www.aaba.org.ar/plen907d.htm#contrato
www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm
www.confeco.es/franquic/franpas1.htm
www.Derechocomercial.edu.uy/Clase
www.tumarca.com.mx
www.universidadabierta.edu.mx/Biblo/S/Sanchez%20svaldo-Prop
www.franquiciasdemexico.org/artvalordeunafranquicia.html
www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm
www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm
www.conferco.es/franquic/franpas1.htm
www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm
http://www.franquiciapemex.com/introduccionfp/ifp6territorio.htm
www.franquiciaspemex.com/octanaje/terri02.htm
www.efranquizium.com.actualidad/opinion/vazquezprofe02.asp
www.mx.invertia.com/noticias.asp?idNoticia=200105181300_INV_31552&idtel
www.derechocomercial.edu.uy/ClaseFranqGP.htm