



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho

ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN MÉXICO

TESIS

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de

Maestro en Derecho

Presenta:

Elías Enrique Maqueda Morales

Dirigido por:

Dr. Agustín Alcocer Alcocer

SINODALES

Dr. Agustín Alcocer Alcocer
Presidente

Dr. César Augusto Lachira Sáenz
Secretario

M. en D.T. Miguel Angel Mendoza Mendoza
Vocal

M. en D. Eduardo Alcocer Luque
Suplente

M. en D. Juan Terán Alcocer
Suplente

Dr. Agustín Alcocer Alcocer
Director de la Facultad de Derecho

Firma

Firma

Firma

Firma

Firma

Dr. Sergio Quesada Aldana
Director de Investigación y
Posgrado

BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
14 de septiembre de 2005
México

No. Adq. H 70469

No. Título _____

Clas. 658.8708

M297a

ej. 1

BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

RESUMEN

La presente investigación, cuyo título: "Análisis de los contratos de franquicias en México", se orienta a estudiar esta figura que ha sido muy utilizada en los marcos del proceso de globalización económica que se vive hoy el mundo.

Manifetamos que el contrato de franquicia resalta de entre todos los procesos de homogeneización que vive el mundo, distinguiéndose por su rápida expansión, sin que exista un marco legal adecuado que regule la figura contractual, y de las partes una seguridad jurídica suficiente.

Durante la presente investigación demostraremos como los antecedentes de la globalización y franquicia van de la mano, por ende, el contrato de franquicia se desarrolla en gran medida por el proceso globalizador. Así mismo analizaremos detalladamente el contrato como tal, y la vinculación de globalización y franquicia, para finalmente analizar la débil legislación Mexicana a través de un pequeño estudio de derecho comparado, con la finalidad de demostrar la necesidad de reformar la legislación mexicana para ser adaptable a un mundo en el que franquicia, globalización, marcas y consumismo van de la mano.

Queremos demostrar que la globalización engloba un proceso decreciente de internacionalización del capital financiero, industrial y comercial, nuevas relaciones políticas internacionales y el surgimiento de nuevos procesos productivos, distributivos y de consumo deslocalizados geográficamente, una expansión y uso intensivo de la tecnología sin precedentes.

Es por ello que intentaremos en el transcurso del trabajo plasmar una descripción y conclusión integral de temas en particular, como lo son la globalización, los contratos y las franquicias. En otras palabras buscamos sortear el aislamiento de diferentes disciplinas que tratan este mismo tema para lograr una influencia mutua arribando así a una respuesta conjunta.

Palabras Clave:

Globalización, Proceso, Capital, Políticas, Procesos, Consumo y Tecnología.

SUMMARY

This research, the title of which is "Analysis of franchise contracts in México", studies said topic which has been widely used in the framework of the economy globalization process prevalent in today's world. We show that the franchise contract stands out among the homogenization processes of the world today, especially due to its rapid expansion without an adequate legal framework to regulate this type of contract and provide sufficient legal protection for the parties involved.

In the course of the research, we demonstrate how the antecedents of globalization and the franchise go hand in hand; as a result, the franchise contract has developed to a large degree due to the globalization process. We likewise analyze in detail the contract as such, and the tie between globalization and the franchise. Finally, this leads us to an analysis of the weak Mexican legislation through a short study of comparative law, the object of which is to demonstrate the need to reform Mexican legislation in order to adapt it to a world in which the franchise, globalization, brands and consumerism are all related.

We wish to show that globalization includes a process of increasing internationalization of finance, industrial and commercial capital, new international political relations and the appearance of new production, distribution and consumption processes which are widely dispersed geographically, an expansion and intensive use of technology without precedent.

Due to the above we shall attempt to provide a description and integral conclusion of particular topics in this work, such as globalization, contracts and franchises. In other words, we hope to avoid the isolation of the diverse disciplines that deal with the same subject in order to achieve a mutual influence that will lead us to a joint answer.

KEY WORDS:

Globalization, Process, Capital, Political, Processes, Consumption, Technology.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
GLOBALIZACIÓN Y FRANQUICIA, ANTECEDENTES Y ORIGEN	
1.1 Los orígenes de la globalización	4
1.1.1 Desarrollo de un contexto globalizador	4
1.1.2 La globalización en el desarrollo de la historia	6
1.1.3 La globalización en América Latina: Los orígenes	13
1.2 Antecedentes de los contratos en general	15
1.2.1 Los contratos en Roma	15
1.2.2 Los contratos en el antiguo derecho canónico	17
1.2.3 Los contratos de la Edad Media temprana	17
1.2.4 Los contratos en el Derecho Español de la Época Moderna	19
1.3 Origen de los contratos de franquicia	19
1.3.1 Origen y evolución del contrato de franquicia	19
1.3.2 La evolución de las franquicias en México y en América Latina	22
1.3.3 Antecedentes normativos de las franquicias en México	23
1.3.4 Antecedentes de la franquicia en México	24
CAPÍTULO II	
MARCO CONCEPTUAL: GLOBALIZACIÓN, CONTRATO Y FRANQUICIA	
2.1 Globalización	30
2.1.1 Concepto de globalización	30
2.1.2 El proceso de globalización	32
2.1.3 Características de la globalización	37
2.2 Franquicia	40
2.2.1 Concepto	40
2.2.2 Elementos de la franquicia	42
2.2.3 Tipos de franquicia	44
2.2.4 Ventajas y desventajas de las franquicias	51
2.3 El contrato de franquicia	56
2.3.1 Clasificación del contrato	56
2.3.2 Contenido del contrato	58
2.3.3 Elementos del contrato de franquicia	64
2.3.4 Figuras afines con el contrato de franquicia	69
2.3.5 Efectos del contrato de franquicia	71
2.3.6 Las partes en el contrato de franquicia	72
2.3.7 Terminación del contrato	76
2.4 Franquicia y mercado	79
2.4.1 Concepto económico de la franquicia	79
2.4.2 Los franquiciadores como fuente de financiación	79
2.4.3 Elementos para diagnosticar la franquiciabilidad de un negocio	79
2.4.4 Minoristas independientes y la franquicia	81
2.4.5 Las estrategias de cobertura de mercado	82
2.4.6 Características de una buena franquicia	83
2.4.7 El mercado de franquicias	85

2.4.8	Importancia actual de la franquicia	88
2.5	Globalización y franquicia	89
2.5.1	La empresa transnacional, globalización y franquicia	89
2.5.2	Globalización y franquicias	93
2.5.3	Globalización, marcas internacionales y franquicias	98
CAPÍTULO III		
MARCO LEGAL DEL CONTRATO DE FRANQUICIA		
3.1	Perspectiva global de las franquicias en el derecho comparado	103
3.1.1	Las franquicias y la ley en Estados Unidos	103
3.1.2	España y su legislación concreta sobre franquicias	111
3.1.3	Código Deontológico Europeo de la Franquicia	113
3.1.4	Legislación de franquicias en Argentina	116
3.1.5	Legislación en Brasil	117
3.1.6	Algunos organismos internacionales relacionados con la franquicia	122
3.2	Generalidades de la legislación mexicana en materia de franquicias	125
3.2.1	Constitución mexicana y contrato	125
3.2.2	Generalidades del marco legal de las franquicias en México	127
3.3	Normatividad mexicana en relación con la franquicia	132
3.4	Constitución, monopolio y franquicia	136
3.5	Trasmisión de derechos, licencias y franquicias	138
3.5.1	Solicitud de inscripción de transferencia de titularidad	139
3.6	Trámite de licencia de uso de franquicia	140
3.6.1	Plazo de resolución	142
3.6.2	Forma en que deben acreditar su personalidad los mandatarios	144
3.6.3	Casos en que se debe o puede realizar el trámite	145
CAPÍTULO IV		
PROPUESTAS PARA REGULAR LAS FRANQUICIAS EN MÉXICO		146
CONCLUSIONES		151
BILBIOGRAFÍA		155

INTRODUCCIÓN

En el inicio del siglo XX, asistimos a un conjunto de transformaciones económico-sociales y culturales, cuya vertiginosidad y complejidad no admite precedente, y nuestro país no se encuentra ajeno a ello. Caen rápidamente todo tipo de muros y barreras entre las naciones, al mismo tiempo que se amplía la brecha en el nivel de desarrollo humano al que acceden los distintos pueblos.

El mundo se ve invadido por formas de producción y consumo, una preocupación por el deterioro incontenible de los recursos naturales y el avance de la pobreza. Sin embargo, se hace referencia a un nuevo fenómeno que ha llegado a convertirse en un paradigma para los países en desarrollo.

La globalización comprende un proceso de creciente internacionalización del capital financiero, industrial y comercial, nuevas relaciones políticas internacionales y el surgimiento de nuevos procesos productivos, distributivos y de consumo deslocalizados geográficamente, además de una expansión y uso intensivo de la tecnología sin precedentes.

Las empresas se enfrentan a una competencia cada vez más dura. Los métodos disponibles para diferenciar los productos dependen de la imaginación de los responsables de *marketing*. Entre estos métodos cabe destacar la innovación, la mejora, la campaña publicitaria, mayores servicios postventa, un cambio en los canales de distribución o una competencia efectiva en precios.

La utilización del crédito también ha tenido una gran influencia sobre las actividades desarrolladas por el *marketing*. Los consumidores que utilizan tarjetas de crédito pueden comprar sin tener que pagar en efectivo, lo que facilita las ventas. Las tiendas minoristas también fomentan el aumento de las ventas mediante promociones de tipo 'dos por uno' o descuentos en los precios de un artículo en la compra de otro.

Es por ello que intentaremos, en el transcurso de este trabajo, plasmar una descripción y conclusión integral de temas en particular, como lo son la globalización, los contratos y las franquicias. En otras palabras, buscamos sortear el aislamiento de diferentes disciplinas que tratan este mismo tema para lograr una influencia mutua, arribando así a una respuesta conjunta.

La identidad cultural de los diversos pueblos, en la actualidad se va homogeneizando o generalizando según ciertas pautas comunes, en marcha hacia una cultura estandarizada. Este proceso es propiciado por los poderes generadores de nuevas necesidades de consumo que manejan a su vez los medios de comunicación social y la producción ofrecida.

Dentro de la nueva escena sociocultural que se presenta ante nuestros ojos en este inicio de siglo, desfilan ciertos procesos reveladores del cambio, como una creciente pérdida de peso de las instituciones públicas locales y nacionales en beneficio de los conglomerados empresariales de alcance transnacional. De igual manera, tenemos la reformulación de los patrones de asentamiento y convivencia urbanos, la reelaboración de lo propio debido al predominio de los bienes y mensajes procedentes de una economía y una cultura globalizadas, sobre los generados en la ciudad y la nación, a las cuales se pertenece la consiguiente redefinición del sentido de pertenencia e identidad de los pueblos. Y así, está el pasaje del ciudadano como representante de una opinión pública al ciudadano como consumidor interesado en disfrutar de una cierta calidad de vida. Cabe cuestionarnos acerca del impacto negativo que éstos provocan sobre diversas realidades culturales de los pueblos, en particular sobre sus respectivas identidades, aceptando como un hecho ineludible la marcha hacia la aldea global, a manera de un paradigma de constitución del mundo con miras a la homogeneización del planeta en lo político, lo económico y lo social.

En este sentido, la figura del contrato de franquicia resalta de entre todos los procesos de homogeneización, distinguiéndose por su rápida expansión. Durante la presente investigación, demostraremos cómo los antecedentes de la globalización y franquicia van de la mano. El contrato de franquicia se desarrolla en gran medida por el proceso globalizador. Así mismo, analizaremos detalladamente el contrato como tal, y la vinculación de globalización y franquicia, para finalmente analizar la débil legislación mexicana a través de un pequeño estudio de derecho comparado, con la finalidad de demostrar la necesidad de reformar la legislación mexicana para ser adaptable a un mundo en el que franquicia, globalización, marcas y consumismo van de la mano. Hay quienes consideran que el consumidor no es quien maneja el poder de decidir si compra o no tal bien. Son los productores los que manipulan a los consumidores a través de los medios, especialmente por medio de la publicidad. Además, la producción crea nuevos productos que a su vez determinan nuevas necesidades, es decir, los productos no satisfacen necesidades reales, sino que son los generadores de las mismas.

Lo que prevalece en esta postura es la lógica capitalista que sólo busca el beneficio económico. El hombre contemporáneo es llevado a consumir irracionalmente, de forma tal que se lo juzga por lo que tiene y no por quién es; sólo se realiza a través del consumo, y para ello cualquier medio es válido.

CAPÍTULO PRIMERO

GLOBALIZACIÓN Y FRANQUICIA, ANTECEDENTES Y ORIGEN

1.1. Los orígenes de la globalización

1.1.1. Desarrollo de un contexto globalizador

La globalización coexiste con el peso decisivo de la cultura, los mercados y los recursos propios. La articulación de esta dimensión endógena de la realidad con su contexto externo, determina el desarrollo o el atraso de los países.

Comienza en la última década del siglo XV, cuando se verificaron simultáneamente dos condiciones: el aumento de la productividad del trabajo y un orden mundial global. En ausencia de una o ambas de estas condiciones, no se plantea el dilema del desarrollo en un mundo global.

En la antigüedad y en la Edad Media, la productividad crecía lentamente, la actividad económica se destinaba a la subsistencia de la fuerza de trabajo y al sostenimiento de las clases dominantes. El progreso técnico era muy lento y los recursos asignados a la acumulación del capital en el proceso económico representaban proporciones ínfimas. En tales condiciones, el impacto de los vínculos con el mundo externo sobre el desarrollo económico era insignificante.

En los grandes imperios de Europa y Oriente, en la antigüedad y la alta Edad Media, el dilema del desarrollo en un mundo global no se planteaba por la inexistencia de aquellas dos condiciones necesarias y suficientes.

Entre los siglos XI y XV, el desarrollo del capitalismo comercial, el incipiente progreso técnico y las transformaciones sociales, permitieron un lento pero

persistente crecimiento de la productividad. En las nuevas condiciones, las relaciones externas de los países comenzaron a ejercer mayor influencia sobre la producción, la distribución de la riqueza y la acumulación de capital.

El incipiente desarrollo económico de Europa planteó, por primera vez, una de las dos condiciones del dilema dimensión endógena/contexto externo. Sin embargo, hasta fines del siglo XV, la cuestión era esencialmente de carácter intra-europeo.

El sistema internacional global recién se constituye a partir de la última década del siglo XV, con el descubrimiento de América y la llegada de los portugueses a Oriente por vía marítima.

Alrededor del año 1500 convergieron, pues, el aumento persistente de la productividad y la existencia de un sistema internacional globalizado. Recién entonces se plantea el dilema fundamental de las interacciones entre el ámbito interno y el contexto mundial como determinante del desarrollo y el subdesarrollo de los países, y del reparto del poder entre los mismos.

En este período comenzó también a gestarse la distinción entre el poder tangible y el intangible. El tamaño de su población y los recursos naturales constituyen el poder tangible de cada país, y los factores intangibles asentados en la tecnología y la acumulación de capital. En ausencia de estos componentes, el poder tangible se disuelve en el subdesarrollo. Así, desde el despegue del Primer Orden Económico Mundial, comenzó a tejerse la trama sobre la cual se articuló el sistema internacional y la distribución del poder entre las naciones.

Más tarde, en el siglo XIX, el ferrocarril y la navegación a vapor provocaron la drástica rebaja de los fletes terrestres y marítimos. Las comunicaciones registraron el revolucionario impacto del telégrafo y de los cables submarinos. Esto permitió la ocupación de los espacios abiertos del Nuevo Mundo, Oceanía y África del sur, indujo el movimiento de capitales desde los centros industriales a la periferia y promovió migraciones masivas.

Algunos indicadores de la globalización, como la relación entre el comercio y la producción mundial y el capital extranjero respecto de la inversión total en vísperas de la Primera Guerra Mundial, eran semejantes y aún mayores que en la actualidad, ocasionando la universalización de las plazas financieras. Al fin y al cabo, los mercados monetarios operan en marcos regulatorios que dependen de decisiones políticas.

Hasta tiempos recientes, la cuestión ecológica era prácticamente irrelevante en las relaciones internacionales, al igual que la pobreza, un tema encerrado dentro de las fronteras de cada país. La universalización de ambas cuestiones es actualmente el principal factor explicativo de los mayores desafíos que confronta el sistema mundial. En efecto, el tráfico de armamentos, la difusión de armas de destrucción masiva, el narcotráfico, las migraciones internacionales, el crecimiento demográfico, la destrucción de la naturaleza y de recursos no renovables, los fundamentalismos de diverso signo y la violencia, están íntimamente asociados a la globalización de aquellas dos cuestiones cruciales del orden contemporáneo. Actualmente, ellas forman parte esencial del viejo dilema del desarrollo y del subdesarrollo en un mundo global, y constituyen la trama profunda de la cual dependen la paz y la seguridad internacionales.¹

1.1.2. La globalización en el desarrollo de la historia

En un atrevido libro, Moore y Lewis explican lo que ellos llaman el nacimiento de las multinacionales. Se pueden explorar ya en la antigüedad una serie de factores que plantean unos problemas y retos que se convierten en soluciones empresariales. Por ejemplo, asuntos de integración regional en la Edad del Bronce, búsqueda permanente de recursos naturales en lugares lejanos como motivo de inversión y de actividad mercantil en Mesopotamia. Otro ejemplo es la organización de una economía liberal y monetaria en la Grecia clásica, que llevó a

¹ FERRER, Aldo, "Historia de la Globalización Orígenes del Orden Económico Mundial", Edit. FCE, 1996, pp. 98-101.

la sustitución de los fenicios en todo el mundo colonial mediterráneo, o la división internacional del trabajo establecida en el Imperio Romano. Para conseguir logros mercantiles, fenicios y griegos consiguieron organizar puertos francos, desarrollaron marcas de productos y fomentaron el conocimiento a través de la formación profesional, tanto en la industria como en el comercio.

Las grandes compañías que se formaron al socaire de esas posibilidades, tenían ya sofisticadas formas de organización de su gobierno corporativo, y de acuerdos de cooperación había una presencia internacional de productos en todos los lugares.²

De igual manera tenemos el ejemplo de los fenicios. En el año 980 antes de Cristo, su rey Hiram I se propuso controlar las rutas comerciales de Asia. Para ello, comenzó los acuerdos con Israel para explotar las rutas marítimas. Hacia el año 900, menos de un siglo después, los fenicios tenían inversiones en Israel, Siria y Anatolia, en el Mediterráneo oriental. En menos de otro siglo, estaban presentes y controlaban todos los tráficos marítimos del Mediterráneo occidental. En poco más de siglo y medio, por lo tanto, con aquellos medios, los fenicios se convirtieron en los líderes indiscutibles de un territorio que iba desde Persia hasta Portugal.

Por lo demás, el comercio de asirios, fenicios, griegos o romanos de la antigüedad se basaba igualmente en una progresiva integración de los mercados que obligaba a tener constantemente en cuenta nuevos territorios y nuevas posibilidades, además de nuevos competidores: se producía para esos mercados, circulaba el dinero metálico y se practicaba el préstamo financiero.

Un aspecto interesante de esta globalización es la presencia de varias civilizaciones, a medio camino entre la competencia y la cooperación. Fenicios, cartagineses, etruscos, griegos, egipcios, se repartían distintos ámbitos del

² GONZÁLEZ Enciso, Agustín "La Globalización en la Historia" Empresa y humanismo, España, Vol. V, Nº 1/02, p. 95.

Mediterráneo. Entre todos lo dominaban mejor, porque los medios no permitían esa acción a uno solo, aunque, según las épocas, unos dominaran más que otros. Bien es cierto que la transición de situaciones del mayor dominio de unos al de otros se resolvía con conflictos bélicos, pero en la paz la integración mercantil era intensa. De modo práctico, se reproducía casi a la letra la consideración de Aristóteles sobre el comercio internacional, a saber, que es algo ligado a la naturaleza, ya que ésta ha dotado a unas tierras de unos productos y a las demás de otros diferentes. Aparte de la reflexión filosófica, Aristóteles no dejaba de describir lo que veía, como tantos filósofos y teóricos de la economía hicieron en los siglos posteriores hasta nuestros días.

El desarrollo del Imperio Romano, con un Estado más fuerte y poderoso, introdujo en la práctica el concepto de centralización y división internacional del trabajo al servicio de un centro dominante, Roma, y sus necesidades en los diferentes territorios. "El Imperio Romano practicaba ya la teoría de Ricardo sobre la ventaja relativa de cada territorio, que dicho autor observó también en su época. Seguía existiendo la cooperación, pero ahora había también un árbitro director, la autoridad romana, que además se convertía en poderoso demandante cuando había que abastecer a las legiones dispersas por el Imperio, o a la capital.

Las autoridades romanas contribuyeron a cohesionar la economía imperial, mejorando las comunicaciones terrestres y legislando en orden a los aspectos económicos. Todo ello supuso y favoreció la especialización de los diferentes territorios. Este amplio modelo de globalización económica consiguió un alto grado de integración y de mejoras locales, al relacionarse los ámbitos provinciales en el conjunto. La contrapartida fue el control estatal, que establecía rigideces tanto por las exigencias del control como por las necesidades, que superaban las posibilidades técnicas de su mantenimiento. Las necesidades se cifraban, sobre todo, en las exigencias militares. A partir del siglo II después de Cristo, se llegó al punto de unas graves deseconomías de escala que empezaron a destruir la

unidad, por vía tanto de elevación de precios e impuestos, como por la debilidad política y militar que acabó apareciendo.”³

De igual manera, antes de llegar al Imperio Español, se da otro modelo de globalización descentralizada y cooperativa de notable interés, el de la Europa medieval, sobre todo en occidente, una vez que se superaron los largos siglos de la incertidumbre posterior a la desaparición del Imperio Romano.

”A partir del siglo XI, creció la población europea en cantidad, en poder adquisitivo y también en una progresiva -aunque lenta- diversidad social; se renovó la técnica y la cultura; se construyeron catedrales, una apasionante aventura no menos empresarial que espiritual; se colonizaron territorios vacíos, crecieron las ciudades y se formaron los reinos, origen de los posteriores Estados-nación. En todas partes se reprodujeron esquemas económicos similares, que ejemplifican el alto grado de unidad que, a pesar de todo, tenían las economías occidentales en aquellos momentos.”⁴

En esa Europa, no exenta de conflictos militares, florecieron los comerciantes internacionales que realizaban todo tipo de operaciones (comercio, industria, banca, giro, cambio, préstamos), al hilo de unas regulaciones que permitieron el desarrollo de la actividad mercantil. Se organizaron en compañías con un núcleo familiar y socios cambiantes cada cierto tiempo. Solían tener una casa central en una ciudad importante y factores por todas partes, desde el Báltico al Mar Negro. Desde los extremos europeos, se conectaba con las terminales de las caravanas que atravesaban otros continentes del viejo mundo, singularmente de Asia. Venecia fue una ciudad fundamental en los tráficos que enlazaban desde Trebisonda y Tana, en el Mar Negro, hasta el occidente europeo. Génova era su gran competidora en este ámbito. Por el otro lado, Brujas hacía las conexiones de las rutas del sur con las del Báltico.

³ *Idem*, p. 97.

⁴ *Idem*, p. 99.

Pero la conexión desde los Países Bajos hasta el norte de Italia era, al principio, por tierra. La presencia de los reinos musulmanes en el sur de la península Ibérica dificultaba el itinerario marítimo. En este sentido, la historia de la globalización medieval tiene dos partes, cuya división se encuentra entre finales del siglo XIII y comienzos del siguiente. En la primera parte, el centro neurálgico de los negocios estaba en las ferias de Champaña, al nordeste de Francia, un lugar estratégico donde confluían los tráficos de Italia, los Países Bajos, Alemania y la misma Francia. Hacia 1300, las ferias de Champaña se habían modernizado y llegaron a ser un auténtico mercado financiero, más que un simple mercado, como lo fueron en sus inicios. Eso les permitió ejercer un fuerte predominio sobre sus rivales. Pero el escenario fue modificándose con cambios políticos y económicos: el comienzo de la Guerra de los Cien Años afectó profundamente al territorio de Champaña, el crecimiento de la producción textil en las ciudades italianas modificó su oferta y posibilidades; también las ferias de Flandes aumentaron su capacidad de atracción al modificar su modo de operar; pero, sobre todo, y unido a lo anterior, desde 1277 se abrió la ruta de navegación por Gibraltar, antes cerrada a los cristianos.

Dado que no había ningún Estado fuerte y dominante, toda Europa fue en realidad como una «república de mercaderes», con un impresionante desarrollo que culminó, una vez superados los peores efectos de la peste negra de 1347-1350, con el establecimiento definitivo «de lo esencial de la estructura, de las técnicas de un audaz capitalismo», ya en los siglos XIV y XV. El comercio marítimo era bastante libre, y las regulaciones en este campo aún escasas, aunque tendían a aumentar. Es decir, se vivía el capitalismo y la globalización en amplios territorios, mucho antes de que ocurrieran fenómenos como el descubrimiento de América, el nacimiento del protestantismo, o la configuración definitiva de los grandes Estados nacionales.

También en la Europa medieval, como antes, la técnica imponía unos límites e impedía un control total de los procesos; todo ello exigía la cooperación, no exenta

de competencia de rivales. El modelo era entonces algo distinto al de la antigüedad. Tanto en tiempos del Mediterráneo, fenicios o griegos, como en el de los romanos, su mundo era el más desarrollado. Fuera, estaba la barbarie, aunque había algunos productos interesantes que conseguir en esos extremos. En la Edad Media, sin embargo, a la civilización cristiana se oponía a la musulmana -barrera prácticamente infranqueable- y más allá, los mongoles, los hindúes y, sobre todo, los chinos. Cada uno de esos mundos suponía otras culturas, algunas de las cuales se podrían considerar todavía, antes de 1500, más avanzadas que la Europa cristiana en muchos aspectos materiales y sociales.

No se trataba de mundos cerrados, sino que tanto por su dinamismo, como porque no podían autoabastecerse en el interior de su totalidad, se relacionaban con el exterior. No obstante, eran mundos poco penetrables entre sí; podríamos decir que se trataba de economías sólo tangentes. Al otro lado de la frontera cristiana, el océano Índico funcionaba como otro elemento aglutinador de una economía; mundo que contaba con regiones tan amplias como África oriental, Mozambique, Arabia, la India, y la Indochina, las islas de las especias. Al norte estaba toda la cultura china.

Si en el modelo de la Antigüedad había una relación entre las diferentes culturas que se entendían en el Mediterráneo, en el modelo medieval se opusieron dos globalizaciones tangentes que colaboraban entre sí, a través de ellas, con otras más alejadas, pero que se consideraban excluyentes en sus territorios. Por lo tanto, esos mundos llenos de vida eran, por una parte, un complemento a la economía europea, pero a su vez suponían una barrera a su dinamismo, en la medida en que los bloqueos políticos aparecían con frecuencia. Las diferencias culturales llevaron a una dinámica de enfrentamiento militar en distintos frentes. Las cruzadas fueron uno de ellos y supusieron, además de un intento de conquistar los santos lugares para los cristianos, un esfuerzo por romper la barrera económica y situarse dentro de la globalización islámica.

Durante el siglo XVI, la principal beneficiaria de la nueva situación fue España; en cualquier caso, la geopolítica cambió en poco tiempo. Los centros de importancia económica se trasladaron a la costa atlántica. Decreció la importancia de las ciudades italianas a favor de lugares como Sevilla, Medina del Campo y Amberes. En el siglo XVII, el protagonismo estuvo en manos de Ámsterdam y Londres. En el siglo XVIII, cobraron mucha importancia la mayoría de los puertos de la fachada atlántica. Sea lo que fuere, el mundo económico dio un cambio brusco, y fueron unos lugares casi completamente nuevos, en cuanto a su importancia económica, los que entonces se erigieron como centros de la actividad financiera y mercantil, con un peso político cada vez mayor.

La política volvió a ser central en las economías atlánticas que se desarrollaron bajo el signo del mercantilismo estatista. En esos mismos años, las principales potencias europeas consiguieron organizar sus sociedades desde la perspectiva del Estado-nación, una entidad sociopolítica que superó la disgregación de los reinos y particularismos territoriales de la Edad Media, y que se opuso también a los intentos de resucitar el antiguo Imperio Romano. Los Estados-nación parecían ser la entidad ideal para los tiempos modernos, a igual distancia de lo particular que de lo universal. Desde esa entidad intermedia, la política «nacionalizó» las principales fuerzas económicas para intentar una economía dirigida, una política económica que sirviera a los intereses del nuevo Estado. Ello llevó consigo, como es lógico, una pugna con los otros Estados para definir sus territorios, marcar sus límites de influencia y asegurar su identidad.

En cualquier caso, durante los primeros siglos modernos, se dio una prioridad de lo político por la consolidación de los nuevos Estados, lo que provocó un vuelco en la relación de fuerzas. La Edad Media había terminado con una cierta igualdad entre los reinos. Ciertamente, la España de los Reyes Católicos parecía un poder muy fuerte, y lo era, como lo demostró en las guerras de Italia. Pero lo que le dio fuerza a España, además de la fortuna del descubrimiento americano, fue la conjunción de herencias en la persona de su nuevo soberano, Carlos, Duque de

Borgoña (o sea, señor de los Países Bajos y de su centralidad mercantil), rey de España en 1516 y emperador de Alemania en 1519. La situación de España era peculiar y comprometida. En lo político, tuvo que defender una postura en parte necesaria, la defensa del patrimonio heredado, atacado por casi todos, y en parte ideal, la defensa de la unidad cristiana, tanto frente a la disgregación de la revuelta protestante, como frente a la amenaza de los turcos. Sólo frente al enemigo común había unidad de la Europa cristiana, y muy tímida, como ocurrió ante el sitio de Viena, en 1529, o en la batalla de Lepanto, en 1571.

Por otro lado, la prioridad de lo político obligó a hacer una política económica *sui generis*, según la cual no se podía ejercer un verdadero proteccionismo. Aumentaron exponencialmente los impuestos y se produjo un drenaje de metales preciosos para realizar pagos en los lugares de los conflictos, siempre fuera de España y con el recurso de financieros no españoles. La división del trabajo que Carlos V impuso en sus dominios, dejó a España la parte menos eficaz económicamente. Felipe II no tuvo más remedio que seguir con la situación heredada. Como se decía ya a comienzos del siglo XVII, la única solución a los problemas económicos era la paz, pero la paz parecía imposible de conseguir si había de mantenerse tanto el patrimonio como la reputación.

Así pues, en la Época Moderna, la nueva globalización atlántica tuvo dos vertientes claras. Por un lado estaba la labor de España, que priorizaba objetivos políticos que consideraba como el bien común general; y por otro, la realizada desde otros países, que miraban más exclusivamente al beneficio económico. Sin desdeñar éste, pero supeditándolo, España se marcó otros objetivos más ambiciosos.⁵

1.1.3. La globalización en América Latina: Los orígenes

⁵ *Idem*, pp. 101-108.

Para analizar los procesos globalizador en América, es importante referir la importancia del proceso colonizador. En el caso de la colonización española en América, se observa cómo en poco tiempo se consiguió crear en América ámbitos de convivencia completamente nuevos, con un nivel cultural y un desarrollo económico igual, y a veces superior, al de Europa, como lo demuestra la importancia de ciudades como México, Lima, la Habana, Cartagena... o las varias universidades ya establecidas en el siglo XVI. El mestizaje demuestra hasta qué punto los españoles estaban dispuestos a aceptar a los demás.

A pesar de los defectos y errores, la experiencia de España en América, en su conjunto, ha significado modernidad y progreso en la historia, transformación del mundo, creación de un mundo nuevo. Y esto es así por dos razones: una, porque los gobernantes legislaron con preocupación humanitaria; y otra, porque los colonos llevaron allí lo mejor de sí mismos: iniciativa individual y ganas de trabajar, pero también su fe, su cultura y su sabiduría sobre la organización social. Claro que se cometieron abusos y errores, pero los resultados están a la vista. Por comparación podríamos preguntar, ¿dónde están los nativos de América del Norte? Entre ambos mundos, pues, no hay sólo una diferencia económica. El triunfo económico es relativamente sencillo cuando el objetivo es sencillo. El problema del colono del norte era sobrevivir y sacar adelante su comunidad, con exclusión de unos nativos de difícil trato pero de fácil derrota militar. En el sur, en cambio, se trató de integrar al nativo en una nueva comunidad, y eso planteó muchos problemas, no sólo la dificultad de impedir los abusos, sino la ralentización de los posibles logros económicos al tener que integrar realidades más complejas y mundos más atrasados económicamente.

“Como modelo de globalización, la colonización americana presenta una aparente doble cara: elegir entre el éxito económico y la política humanitaria. Me parece que el dilema es falso, porque el fracaso económico de la América española no es tal. Aparte de las dificultades objetivas del empeño, lo que hay que hacer es comparar los niveles de riqueza alcanzados en los tres siglos de la colonización con los

niveles europeos. No parece que aquí el desequilibrio sea excesivo. Si se tienen en cuenta los distintos puntos de partida, sería difícil señalar dónde hay más crecimiento, si en América en lo que va desde la situación neolítica precolombina, a las condiciones que observó Humboldt, sorprendido; por ejemplo, por «lo adelantado de la civilización de la Nueva España», o en Europa desde 1500 a 1800.”⁶

En los años coloniales, pues, España volcó su experiencia cultural sobre América, y transformó aquellos territorios hasta ponerlos en situación incluso de aspirar a la independencia, como así hicieron. Por otra parte, hay que valorar el retraso producido durante el siglo XIX, no sólo como relativo respecto a la mayor eficacia europea, sino por otras razones. En primer lugar, el freno al crecimiento que supusieron los procesos independentistas, achacables a elevados costes de transacción provocados por procesos de cambio institucional que abarcaron períodos de casi medio siglo; luego, en segundo lugar, por la ineficacia de las políticas autocráticas.

En América, la globalización no es cosa nueva, las colonias en gran medida se convirtieron en una pequeña región con sistemas económicos, culturales, religiosos, comunes, tal vez impuestos por potencias más grandes que ellas, pero ¿que no es el mismo juego en la actualidad?

1.2. Antecedentes de los contratos en general

1.2.1. Los contratos en Roma

La forma más antigua de contratar la ubicamos en Roma a través del *Nexum*, por el cual el prestatario quedaba encadenado a disposición del acreedor, La *Sponcio* apareció igualmente muy pronto, y presentaba un carácter religioso. Al establecerse se convierte en *la estipulatio*, un contrato formalista. Se vio enseguida como hacían los contratos reales, que se formalizaban por la entrega de la cosa, y cuatro contratos consensuales. Los contratos reales y consensuales

⁶ *Idem.* p. 110.

continuaron, sin embargo la excepción en virtud de la regla *Exnudo pacto actio non nascitur*, y fueron necesarias en algunas formas para engendrar la obligación.

“El derecho canónico avanzó en la evolución comenzada en Roma, admitiendo que la sola voluntad era susceptible de obligar a los contratantes. Esta regla fue afirmada por Loysel y Dona, pasando al Código Civil Francés. En Roma, los plebeyos eran obligados a dos circunstancias: a pedir prestado a los patricios ricos, o bien ser autores de actos ilícitos. En el primero, aceptaban pagar una compensación al no poder hacer frente de modo inmediato al pago, por lo que dicho préstamo se realizaba por medio de una operación llamada *Nexum*, la cual consistía en que el prestatario quedaba encadenado a disposición del acreedor. El derecho canónico avanzó en término de admitir que la sola voluntad era susceptible de obligar a los contratantes...”⁷

Los contratos formales y reales resultaban suficientes para el cumplimiento de algunos negocios jurídicos usuales, en una pequeña ciudad que no hubiera rebasado la fase de la vida agrícola, siendo sencillo para cumplir juntos las formalidades del contrato. Pero, por sus conquistas, Roma se convirtió muy pronto en una gran ciudad mercantil, en contacto con todo el mediterráneo.

El antiguo sistema formalista aparece como insuficiente para hacer frente a las nuevas operaciones, concertadas con frecuencia entre no presentes: compraventa, arrendamiento, mandato y la sociedad. Después de una larga evolución, Roma descubre el principio del consensualismo para las cuatro operaciones más importantes usuales en la vida de los negocios.

Por otra parte, aparecieron los Contratos Innominados, en los cuales se perfecciona la obligación por medio de una transmisión de la propiedad o incumplimiento de un hecho. Por último, el *pacto nudo*, que es el desprovisto de las formalidades requeridas, y deja al acreedor sin acción civil, haciendo que

⁷ DEL BUEN LOZANO, Néstor, “La Decadencia del Contrato”, Edt. Porrúa, México, D. F., 1985, p. 69.

naciera una obligación natural, que otorga una *exceptio*, y a veces hasta un acto del derecho pletórico. Durante el bajo imperio, algunos pactos iban acompañados de sanciones civiles, la exigencia del formalismo tenía en Roma un corolario, los contratantes estaban catalogados, siendo todos ellos nominados.

Ningún contrato es válido fuera de los contratos formalistas de algunos contratos consensuales o reales para los que había admitido una derogación del formalismo. Por su parte, la *Stipulatio* se había convertido en un molde para contratar, pudiendo todos los negocios jurídicos realizarse con la ayuda de una doble estipulación, en virtud de la cual cada uno de los contratantes se obligaba a realizar una presentación.⁸

1.2.2. Los contratos en el antiguo derecho canónico

Las invasiones germánicas provocaron una regresión. Los bárbaros no conocieron sino algunos contratos muy formalistas. La *palmada*, practicada todavía entre los campesinos de nuestros días, consiste en colocar la mano entre las del contratante, es un acto formalista de origen germánico, que significa lo mismo que el de *nexum*, donde el deudor se colocaba bajo el dominio del acreedor.

El desenvolvimiento de las grandes ciudades del Norte de Europa a partir del siglo XII, y las necesidades del comercio, impulsaron el recurso a las reglas romanas, mucho más evolucionadas. No obstante, estas habían caducado ya. El derecho canónico, tras haber dado fuerza al contrato por razón de juramento religioso, acto solemne que en ocasiones la acompañaba, acababa por abandonar la necesidad del juramento y reconocer la validez de la promesa en sí misma, independientemente de toda forma o solemnidad.⁹

1.2.3. Los contratos en la Edad Media temprana

El principio de la Edad Media se sitúa en el siglo V, coincidiendo con las invasiones de los germanos en Europa Occidental. En este escenario histórico, el

⁸ *Idem*, p. 71.

⁹ *Idem*, p. 73.

imperio Romano convivía con los bárbaros, llegando a celebrar acuerdos con ellos. En el siglo IV, Alarico pacta con Teodosio, y sólo a la muerte de éste empiezan los visigodos la conquista.

A la Edad Media corresponde el desarrollo del pensamiento religioso, campo de cultivo del cristianismo, que se ve en la necesidad de mantener la cultura y catequizar al mismo tiempo, pero se encuentra con una raza germana que no ve más allá de la guerra y la vida terrena. La iglesia necesita crear la idea del trasmundo, por lo que destina sus menores esfuerzos a la tecnología con menoscabo del derecho. En la Edad Media, las formas jurídicas contractuales eran precarias, propias de una economía incipiente. La cultura se refugiaba en los monasterios, el derecho se formaba consuetudinariamente, y los galo-romanos se regían por el derecho romano del bajo imperio, conservando su autoridad hasta cierto punto.

Los escritos de los jurisconsultos, con los límites que le imponía la ley de citas, las recopilaciones como el Código Gregoriano, el Código Hermogeniano y el Código Teodosiano, que sustituía a los primeros, se convirtieron en la fuente principal del derecho. La etapa previa de la Edad Media culmina con el renacimiento. Carlomagno (768-814), hijo de Pepino el Breve, trató de restaurar el imperio e integrar a la iglesia con el Estado, luchó contra los árabes, los eslavos y daneses en España, y mantenía relaciones con los reyes extranjeros. Se hizo coronar en Bizancio por el Papa León III en 800, haciéndose llamar sucesor de Constantino y Teodosio. Esta unidad se rompió treinta años después, no sin antes revocarse el culto por el derecho.

Uno de los hombres más destacados fue Isidoro de Sevilla, cuya formación enraíza en Aristóteles y Cicerón. Fue autor de una Etimología, en la que se recogió en forma enciclopédica algunos problemas fundamentales, compilando así un conjunto de conocimientos de la época.

1.2.4. Los contratos en el Derecho Español de la Época Moderna

Para poderse situar en el Derecho de la Edad Moderna, es necesario acudir a las fuentes españolas, por lo que en ningún otro país alcanza mayor desarrollo la labor de compilación que agregar las partidas, los nombres del ordenamiento de Montalvo y las leyes de toro, de la Nueva y la Novísima recopilación; y en el orden puramente mercantil, el de las ordenanzas de Bilbao. Se puede decir que estuvieron en vigor en la Nueva España y en el México Independiente, con una mayor posibilidad que en España. La Edad Moderna se caracterizó por el predominio que tuvo la actividad complicada sobre el derecho consuetudinario, y en consecuencia el derecho escrito sobre el no escrito.

La influencia que causaron las compilaciones españolas fue fundamentalmente romana; y sólo en Castilla se siguió aplicando el Derecho Visigodo, a través del fuero juzgo, y señalaron la notable influencia canónica que habían recibido por medio de los cánones del Concilio de Terno y un poco del Derecho Mercantil Francés.¹⁰

1.3. Origen y antecedentes del contrato de franquicia

1.3.1. Origen y evolución del contrato de franquicia

Originariamente, la palabra franquicia es sinónimo de privilegio. En la Edad Media, en Europa, existían las denominadas ciudades con Cartas Francas, que garantizaban ciertos privilegios a las ciudades y/o ciudadanos. También surge en virtud de la concesión hecha por la Iglesia Católica, a ciertos señores conquistadores de tierras para que actuaran en su nombre recolectando los impuestos para la misma.¹¹

¹⁰ *Idem* p. 79.

¹¹ GONZALEZ Calvillo, Enrique, "La Experiencia de las Franquicias", Edit. MacGraw-Hill, México, D.F., 1994, p.65.

La franquicia como lo conocemos hoy en día, surge como contrato comercial en los Estados Unidos de Norteamérica, en el año 1850 aproximadamente, cuando la compañía SINGER & CO, o Singer Sewing Machine Company, crea una novedosa forma de distribución y venta, que continua hasta nuestros días para sus maquinas de coser, producto base de dicha empresa.

No debemos olvidar a la empresa GENERAL MOTORS, que a partir de 1898 adopta el *franchising* (franquicia) como estrategia de expansión para su red de distribuidores. También se manifiesta, históricamente, que en la década de los treintas HOWWARD JOHNSON establece la primera franquicia con una cadena de moteles, de más o menos 25 franquiciados.

Sin embargo, el verdadero desarrollo de dicho método de negocios se produjo en los años 1950 y 1960, donde se expandió una gran red de los contratos de franquicia. Con anterioridad al desarrollo de este tipo de negocios dados a gran escala, existen varias áreas de bienes y servicios que operan a través de la franquicia, para que de este modo se pueda llevar a cabo su distribución. Tal es el caso de los fabricantes de automóviles, embotelladoras de refresco, estaciones de gasolina y distribuidora de equipo y accesorios para la computación.

Para los años ochenta, es potencial el crecimiento que experimenta la concesión de franquicias, por lo que las estadísticas y cifras de ventas son prueba suficiente del éxito que existe en la relación entre el concedente y concesionario.

Acorde a los términos y condiciones que la apertura económica ha generado en México, los empresarios en todos sus niveles (grandes, medianos y pequeños) han tenido que diseñar e implementar sistemas y estrategias de administración, producción y/o prestación de servicios, que le permitan continuar en el mercado nacional, así como incursionar en los mercados internacionales. Uno de estos sistemas es la franquicia pero entonces, ¿qué es la franquicia? Una franquicia es una forma de comercialización, un método para distribuir bienes o servicios a los

consumidores. En términos muy simples, una franquicia concierne a dos niveles de personas, el franquiciador, quien desarrolla el sistema y le presta su nombre o su marca registrada, y el franquiciatario, que adquiere el derecho de operar el negocio bajo el nombre o la marca registrada del franquiciado.¹²

Es el sistema por el que, además de conceder una licencia de uso de una marca, se transmiten conocimientos técnicos o se proporciona asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda deducir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a las que ésta distinga.

En el ámbito internacional, este modelo de contratación es conocido por su nombre o designación dada en su país de origen, Estados Unidos de América, mientras que en el mundo de habla hispana traducido a idioma castellano es "FRANQUICIA". Lamentablemente, el significado idiomático de esta palabra no expresa el concepto o el contenido del "Contrato de *Franchising*", en su totalidad.

Es importante recalcar que la legislación específica sobre la materia surge recién en la década de los setentas en California. En América Latina, se ha receptado bajo diversas denominaciones, sin que se haya concretado norma específica alguna. En Centroamérica particularmente se ha legislado sobre el distribuidor en forma tan genérica, que el contrato de franquicia puede considerarse alcanzado por sus disposiciones. En Guatemala, la ley 78/71, en Honduras la ley 50, en Costa Rica el apartado 21 del Código de Comercio, etc. En nuestro país ya es una realidad, en virtud de la invasión progresiva de las cadenas de comercialización de comidas rápidas.¹³

¹² *Idem*, p. 76.

¹³ ARCE Garcukkim, Javier, "El Contrato de Franquicias", Edit. Themis S. A. de C. V., México, D.F., 1995, p. 56.

1.3.2. La evolución de las franquicias en México y América Latina

Una de las formas utilizadas con más frecuencia por franquiciantes estadounidenses que ingresaron al mercado latinoamericano, fue la franquicia maestra. A diferencia de la franquicia individual, en la maestra, el franquiciatario tiene el derecho exclusivo no sólo de operar una tienda bajo el sistema del franquiciante, sino de subfranquiciar el sistema a terceros. Esto significa que, en teoría, cuando un franquiciante otorga una franquicia maestra para todo un país, tiene plena confianza en su franquiciatario, en su forma de operar y en su habilidad para adaptar la franquicia al país receptor. Fue complicado para un franquiciante identificar al franquiciatario mexicano y, en general, latinoamericano, más idóneo en los últimos años.

Al llegar la "fiebre de las franquicias" a América Latina, un número importante de franquiciantes estadounidenses vieron llegar a su país a literalmente cientos de inversionistas latinoamericanos, ávidos por comprar una franquicia. Muchas veces sin conocimiento de causa, pero eso sí, ofreciendo cuantiosas cantidades de dinero. Pero no basta con que el franquiciatario maestro potencial esté debidamente capitalizado, mucho es lo que tiene que mostrar la empresa interesada antes de que un franquiciante profesional esté en condiciones de otorgarle una franquicia maestra. Ya no hablemos de conocimientos técnicos o experiencia en el negocio de que se trate, refirámonos simplemente a la habilidad del franquiciatario para comunicarse en el idioma de su franquiciante maestro.

A pesar de todo, aún cuando algunos franquiciantes dieron con ese franquiciatario maestro idóneo al que estaban buscando, ambas partes pudieron darse cuenta de lo mucho que habría que hacerse, ya no para lograr su expansión, sino para subsistir en el mercado mexicano. La competencia originada por la apertura comercial, la siempre cambiante economía de nuestros países, los retos que

siempre trae implícita la penetración de un concepto nuevo, han representado problemas importantes para lograr esos objetivos.¹⁴

1.3.3. Antecedentes normativos de las franquicias en México

Sin pretender remontarnos a los orígenes de la protección a la propiedad intelectual en México, resulta fundamental para una adecuada comprensión del tema de las franquicias, hacer mención de los ordenamientos legales que anteceden a los vigentes, y comprender el entorno y las circunstancias en que éstos surgen. En los años 70, la política nacional era totalmente proteccionista, llevando al extremo la idea del Estado Rector, en virtud de la cual el Gobierno intervenía prácticamente en todos los rubros.

Se publican bajo éstas premisas leyes sobre Inversión Extranjera, Invenciones y Marcas, Transferencia de Tecnología y Protección al Consumidor, en marco de una política económica que pretendía el desarrollo de la industria nacional con fronteras cerradas.

Dichas políticas habían funcionado de manera adecuada, hasta que el entorno mundial cambió, dando como resultado que, al no existir competencia y no tener acceso a tecnología de punta, la industria y el mercado nacionales se estancaron. Es así que en 1972, se promulga la "Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas", misma que es abrogada en 1981 por la "Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas". "Estas leyes, ambas, afortunadamente ya extintas, eran de corte totalmente nacionalista, y contenían disposiciones relativas a la inscripción obligatoria de contratos de transferencia de tecnología y uso y explotación de patentes y marcas, agregando en la ley de 1981, disposiciones relativas a contratos de servicios de asesoría, consultoría y supervisión, concesión de derechos de autor y los programas de computación. A

¹⁴ TOCATLI Ferenz, Free, "Franquicias a la Mexicana", Ed. McGraw-Hill, México, 1998, p. 34.

falta de inscripción, dichos contratos serían nulos y los pagos realizados no serían deducibles para efectos fiscales.”¹⁵

México vivía una intervención estatal particularmente referida a la aprobación de tecnologías contratadas con empresas extranjeras. Se buscaba limitar el pago de regalías, restringir la duración de los contratos y las obligaciones respecto de secretos industriales. En tal virtud, cuestiones relativas al monto de regalías, cuotas, vigencia, y en general al clausulado total de los contratos, quedaban sujetas a la aprobación de la autoridad. Se preveía la práctica de tres exámenes: técnico, económico y jurídico. “Disposiciones como éstas, evidentemente limitan la libertad contractual y consecuentemente inhiben las posibilidades comerciales, dejando a un lado la voluntad y la autodeterminación de las partes.”¹⁶

En 1990, con la promulgación del Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, se pretende más que reglamentar la ley sustantiva, brindar elasticidad a las disposiciones relativas a la materia, como un primer esbozo de lo que sería la nueva política económica de apertura comercial en México. Actualmente, las únicas disposiciones especiales sobre franquicias en nuestra regulación las encontramos en la Ley de la Propiedad Industrial, artículo 142 en su reglamento, artículo 65.

1.3.4. Antecedentes de la franquicia en México

Las características del mercado nacional, y el marco normativo vigente, han traído como resultado que México sea un terreno fértil en cuanto al desarrollo y crecimiento de franquicias, contando con una población de 100 millones de habitantes que nos convierte en el mercado más grande de Hispanoamérica, considerando además que la ubicación estratégica entre América del Norte y

¹⁵ *Idem*, p. 54 .

¹⁶ *Ibidem*.

Centro y Sudamérica y su cercanía cultural con España como vínculo con la Unión Europea, representa una ventaja al ser un puente de entrada a dichos mercados.

Resulta importante e interesante analizar los antecedentes y el comportamiento del mercado de las franquicias en México, por lo que, sin la intención de abundar en números y datos estadísticos e históricos, podemos identificar claramente 4 etapas que forjaron lo que actualmente es un sector pujante dentro de la economía de nuestro país.

Si bien antes de los noventa existían conceptos que intentaban franquiciar en México, no podemos hablar propiamente de franquicias, había combinaciones de contratos de licencia de uso de marca con asistencia técnica o empresas operando bajo esquemas de subsidiarias o representaciones. “Durante las décadas de los 60’s y 80’s, surgieron los primeros conceptos, como KFC, Michel Domit y el caso más relevante de McDonalds, entre otras, que representan esfuerzos serios por incursionar en México con esquemas que, si bien no podemos llamar franquicia, pretenden operar como una, aunque con todas las limitaciones que el marco jurídico representaba.”¹⁷ A fines de los 80’s, no podíamos hablar de más de 15 o 20 sistemas de que pretendían operar como franquicias en México.

A partir de 1990, y hasta 1994, se da un fenómeno de crecimiento prácticamente exponencial de los sistemas de franquicia, al que se conoce como el *boom* de las franquicias en México. En 1990, podíamos hablar de cerca de 40 franquicias operando en México, mientras que para el inicio del año siguiente, se había duplicado dicho número, aumentando a 150 franquicias para 1992. En 1994, ya existían casi 400 franquicias, de las cuales el 52.5% eran mexicanas, siendo que en años anteriores la mayoría de las franquicias eran de origen extranjero.

Un crecimiento acelerado, como el que se comenta, es explicable al conjuntarse factores de naturaleza de la apertura comercial, la desregulación, una aparente

¹⁷ *Ibidem.*

estabilidad económica y, ¿por qué no?, la novedad del sistema de franquicias como formato de negocios frente al inversionista nacional. La desaceleración.

México se vio sumergido en una profunda crisis económica a finales de 1994, situación que sumada a franquicias nacionales creadas "al vapor" y franquicias extranjeras que no se preocuparon por adecuar sus conceptos al mercado nacional, sufrió un revés importante en el sistema de franquicias; revés que, mirándolo en retrospectiva, (y dentro de todo lo negativo), sirvió para que sobrevivieran las franquicias más sólidas y se creará una nueva mentalidad entre franquiciantes y franquiciatarios.

La consolidación se dio aproximadamente desde el año 1996 en nuestro país, una vez pasada la crisis de 1994, y empezó a crecer el número de franquicias en un 20%. A partir de 1996, el sector retomó su crecimiento, con un ritmo más moderado pero consistente, gracias a la fortaleza de las franquicias que sobrevivieron a la crisis de 1994-1995 y al surgimiento prudente y planeado de nuevas franquicias mexicanas y extranjeras, así como a la difusión de la cultura de la franquicias entre los inversionistas, los cuales se volvieron más cuidadosos en la elección de una franquicia.

En 1997, teníamos 450 franquicias y alrededor de 16 mil puntos de venta. Para 1998, con un crecimiento aproximado del 20% respecto del año anterior, había 500 franquicias disponibles y 17,390 puntos de venta. De 1999 a la fecha, el crecimiento ha llegado a más 520 conceptos, de los cuales el 60% son de origen mexicano, operando con cerca de 26 mil puntos de venta. Tenemos entonces en México, un sector de franquicias maduro, consolidado, que se presenta en un mercado cada vez más concurrido y competido, al cual hay que llegar preparados, tanto desde la perspectiva del franquiciante como del franquiciatario. Percibimos en la actualidad una tendencia en el sector de franquicias hacia la generación continua de nuevos conceptos, tanto en sectores tradicionales, como lo es el de alimentos y bebidas, como en sectores innovadores. Por otro lado, encontramos la

importación de franquicias ya consolidadas en su país de origen, además de la perspectiva de franquicias mexicanas, que sin haber saturado forzosamente el mercado nacional, han logrado una consolidación suficiente para aventurarse a nuevos mercados. Como ya vimos, en 1989 fue oficialmente reglamentado el sistema de franquicias en nuestro país, con la inauguración del primer McDonald's en la ciudad de México en 1985. El éxito fue impresionante. Durante varios meses hubo congestionamiento de tránsito debido al gran número de automóviles que estaban en fila para entrar al estacionamiento.

Desde luego, McDonald's es considerada como la pionera de las franquicias extranjeras en nuestro país, y sus gestiones para entrar en el mercado mexicano abrieron paso a las demás.

Entre 1988 y 1994, las franquicias en México tuvieron un crecimiento sin precedentes (de 845%), y se establecieron en las grandes ciudades como D.F., Guadalajara, Monterrey, Estado de México y Querétaro.

Los factores que influyeron de manera decisiva en el auge de las franquicias fueron: las modificaciones al Reglamento de Inversiones Extranjeras en 1989 (desregula y facilita los trámites para la inversión de empresas extranjeras en México), las leyes de transferencia de tecnología en 1990 (establece que un contrato de franquicia se considera en contra de la transferencia tecnológica) y la de fomento industrial, sin olvidar la aparente estabilidad del país en esas fechas.

Durante el primer semestre de 1995 (después del error de diciembre), la dinámica de crecimiento se redujo en 57% debido a una economía disminuida y a la devaluación de la moneda. A partir de esa fecha, los empresarios analizan y valoran más la adquisición de una franquicia extranjera, porque los pagos por regalías y la cuota inicial deben realizarse en dólares.

El problema fue grave, pues el 50% de las franquicias establecidas tenían créditos en dólares y utilizaban equipos de importación en sus instalaciones, además de productos importados necesarios para dar el servicio, como el caso de las

tintorerías, lo que afectó a más de 250 franquicias que generaban 100 mil empleos.

Este hecho, si bien redujo la expansión de las franquicias extranjeras, propició que el empresario mexicano pensara seriamente en desarrollar un sistema de franquicias nacionales. Además, una investigación realizada por FINSAT (organización que dice el por qué y el cómo del comportamiento financiero) dice que la industria mexicana de franquicias tuvo que crear nuevos esquemas de negociación entre franquiciantes (emisor) y franquiciatarios (receptor), para poder seguir creciendo, aunque a un menor ritmo debido a la situación económica.

El diario reforma, publicado el día 13 de Mayo de 1995, en una edición especial llamada "Son opciones en las crisis", del autor Jesús Castillo, publicó su investigación, en la que obtuvo los siguientes datos que indican cambios en los patrones de consumo:

Los consumidores se encuentran satisfechos de consumir en establecimientos de franquicias en un 68%, contra el 32% que se encuentran insatisfechos. Prefieren consumir pollo en KFC 67%, puestos en la calle 13%, otras marcas (Pollos Río y Bachoco) 10%. Prefiere comer hamburguesas en McDonald's 39%, Burger Boy 16%, Burger King 11%, en la calle 9%. De acuerdo con una investigación realizada a inversionistas mexicanos por *Business Strategic Consultants*, las franquicias son un negocio redondo, y mencionan los siguientes resultados: las franquicias en México son consideradas una buena perspectiva de negocio para el 89% de las personas consultadas.

El tipo de franquicia que comprarían son: restaurantes y bares 65%, comida rápida 23%, ropa y calzado 13%, diversiones 6%, talleres y refacciones 4%, hoteles 4%, gasolineras 4%, otros 14%, que incluye bienes raíces, tintorerías, cuidado personal, servicios, construcción y helados.

Consideran que el factor de éxito de las franquicias se debe a la publicidad (54%), imagen de marca (51%), promociones (25%), capacitación de personal (24%),

uniformidad en los consumos (14%), al trabajo con empeño (2%). En respuestas múltiples, nos da 100%. Para adquirir una franquicia adquirirían capital propio 47%, crédito 31%, y ambos 31%.

Posicionamiento de las franquicias: McDonald's 76%, KFC 38%, Domino's Pizza 32%, Burger King 25%, Dunkin' Donuts 11%, PEMEX 9%, Nutrisa 8%, Bing 7%, Holiday Inn 7%, Sanborn's Hermanos 6%, Sushi itto 6%, Video Centro 6%, otros 56%.

Sin duda alguna, estos resultados nos dan un panorama muy interesante de la forma en que los posibles franquiciatarios observan a la industria de las franquicias, lo que significa que la cultura del mexicano cambia, muchas veces por el bombardeo de la publicidad, y se ajusta para que los empresarios hagan negocios.

Este auge de las franquicias representó puntos negros en la balanza comercial, toda vez que las franquicias extranjeras representan una salida de capital, por lo que se planteó como parte de una estrategia de política comercial, impulsar la exportación de franquicias de capital nacional, aunque algunas ya habían logrado un posicionamiento. Por ejemplo: Julio (ropa y accesorios), Ópticas Devlin (Salud), Diversiones MOY, Funny Chips (diversiones y entretenimiento), Helados Holanda, Bing, Hawaiian Paradise, Makfreeze (helados), la Baguette, Bisquets Obregón (panadería), Nutrisa (tiendas de especialidad), el Fogoncito, el Tizoncito, Taco Inn, Grupo Calinda, Holiday Inn México, Tequila Rock (hoteles y bares), PEMEX (taller y servicio automotriz).¹⁸

¹⁸ *Idem*, pp.- 63-76.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO CONCEPTUAL: GLOBALIZACIÓN, CONTRATO, Y FRANQUICIA

2.1. Globalización

2.1.1. Concepto de globalización

Existen abundantes definiciones acerca de la globalización. La mayoría de autores entienden la globalización como la continuación de la tendencia de los últimos cincuenta años hacia una mayor integración económica internacional. La diferencia es que actualmente los mercados son más grandes y más interrelacionados entre sí, como nunca antes.

El Fondo Monetario Internacional (FMI) define a la globalización como "la interdependencia económica creciente en el conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y de la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al mismo tiempo que por la difusión acelerada y generalizada de la tecnología."¹⁹ Dos cuestiones aparecen como claves en esta visión: el concepto de interdependencia, y el quedarse en la forma de manifestación del fenómeno o proceso sin interesarse por los actores políticos y económicos que lo impulsan.

En términos generales, por globalización se entiende el movimiento acelerado de bienes económicos a través de las barreras regionales y nacionales. Este intercambio incluye personas, productos y, por sobre todo, las formas tangibles e intangibles de capital.²⁰ El efecto inmediato de la globalización es la reducción de la distancia económica entre países y regiones, así como entre los actores

¹⁹ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, "El papel del Fondo Monetario Internacional y la Globalización", Abril 2003, <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/govs.htm>, Septiembre 2004.

²⁰ GARCÍA Canclini, Néstor, "Consumidores y Ciudadanos. Conflictos Multiculturales de la Globalización", México, 1995, p.45.

económicos mismos, incrementando, de este modo, las dimensiones de los mercados y la interdependencia económica.

La globalización es una teoría entre cuyos fines se encuentra la interpretación de los eventos que actualmente tienen lugar en los campos del desarrollo, la economía mundial, los escenarios sociales y las influencias culturales y políticas. La globalización es un conjunto de propuestas teóricas que subrayan especialmente dos grandes tendencias:

- a) Los sistemas de comunicación mundial.
- b) Las condiciones económicas, especialmente aquellas relacionadas con la movilidad de los recursos financieros y comerciales.

En términos generales, la globalización tiene dos significados principales:

Como un fenómeno; esto implica que existe cada vez más un mayor grado de interdependencia entre las diferentes regiones y países del mundo, en particular en las áreas de relaciones comerciales, financieras y de comunicación. Y como una teoría del desarrollo; uno de sus postulados esenciales es que un mayor nivel de integración está teniendo lugar entre las diferentes regiones del mundo, y que ese nivel de integración está afectando las condiciones sociales y económicas de los países.²¹

En este tipo de definiciones podemos ver que el análisis teórico queda de alguna manera relegado bajo la idea que la globalización, y se genera a partir de un proceso espontáneo del mercado, de por sí evidente, derivado de los esfuerzos de los agentes económicos individuales (especialmente las empresas transnacionales), en búsqueda de mayores ganancias que les permitan disponer de los ingentes recursos financieros requeridos para asegurar la reproducción de un patrón de acumulación cada vez más dependiente de la innovación científico-tecnológica para la generación de bienes servicios.

²¹ *Idem*, p. 53.

Sin embargo, también podemos encontrar el otro lado de la moneda, la globalización no es sólo una situación económica determinada. Por ejemplo, desde la tradición del pensamiento crítico latinoamericano, Pablo González Casanova intenta recuperar algunas dimensiones, y propone "pensar que la globalización es un proceso de dominación y apropiación del mundo". Dominación tanto de estados como de mercados, de sociedades como de pueblos, que se ejerce "en términos político-militares, financiero-tecnológicos y socio-culturales". El proceso de apropiación de recursos naturales, de riquezas y del excedente producido se realiza de "una manera especial, en que el desarrollo tecnológico y científico más avanzado se combina con formas muy antiguas, incluso de origen animal, de depredación, reparto y parasitismo, que hoy aparecen como fenómenos de privatización, desnacionalización, desregulación, con transferencias, subsidios, exenciones, concesiones, y su revés, hecho de privaciones, marginaciones, exclusiones, depauperaciones que facilitan procesos macro sociales de explotación de trabajadores y artesanos, hombres y mujeres, niños y niñas". La globalización se entiende de una manera superficial, es decir, engañosa, si no se le vincula a los procesos de dominación y de apropiación.²²

De lo anterior podemos ver claramente que la globalización se entiende en dos sectores. El primero, una globalización que genera una gigantesca transformación política que suprime al marco nacional y estatal de las economías; y en el segundo quedan los que miran con más calma la relación entre la clase empresarial y los estados nacionales.

2.1.2. El proceso de globalización

El proceso globalizador se manifiesta en diferentes ámbitos, de los que destacan dos: las formas en las cuales se desarrolla competencia en el mercado global, y la acelerada dinámica del desarrollo científico tecnológico; ambos responsables de las transformaciones que de manera dramática alteran la configuración tecno-

²² González Casanova, Pablo, "Los Indios de México hacia el Nuevo Milenio", La Jornada, México, D.F., 9 de setiembre de 1998.

económica, modificando el conjunto de premisas organizativas y científico-tecnológicas, así como de las formas de comprensión que durante largo tiempo posibilitaron el despliegue de un cierto modelo de desarrollo y de una particular estructura bipolar del poder mundial.

En el plano económico, parece evidente que al mercado le fue otorgado un rol preponderante: se impone como el instrumento más apropiado para manejar los intereses competitivos. En el plano político, la democracia representativa es considerada como el medio de mayor eficacia para elegir entre orientaciones políticas diferentes. En el plano social, las cosas no están muy claras.²³

Uno de los procesos mas claros de la globalización es la alianza y fusión de empresas. En estas alianzas se puede observar que la estrategia se basa en el establecimiento de lazos de cooperación de distintos tipos y objetivos, ya sean de carácter permanente o temporal. La primera forma de alianza estratégica se establece a través de fusiones, proyectos conjuntos de inversión y/o la integración de redes y estructuras productivas para la generación de un insumo, producto o línea de productos. Por su parte, en las temporales, las empresas buscan asociaciones delimitadas en el tiempo, diseñadas a partir de objetivos específicos, sean estos contribuir en la investigación y desarrollo de un producto o insumo principal, o con el fin de controlar importantes segmentos de los mercados nacionales, regionales y globales. Aquí cabe destacar la singularidad de estas formas de cooperación. No pueden eliminar la competencia, inclusive, ésta se estimula entre asociaciones en las que participa una misma empresa, ya que las alianzas cristalizan en unidades económicas autónomas que están obligadas a lograr un uso eficiente de los recursos y lograr la mayor rentabilidad posible.²⁴

Con estas consideraciones que esbozan las líneas generales de nuestra investigación, damos término a esta introducción de carácter general al problema de la competencia global y cómo las empresas transnacionales utilizan el contrato de franquicia para la expansión de su mercado.

²³ DOBB, Maurice, "Teorías del Valor y de la Distribución desde Adam Smith", Edit. Siglo XXI, 1982, p. 105.

²⁴ GARCÍA Canclini, Nestor, Op. Cit., p. 99.

Efectivamente, la última década fue marcada por el incremento de la interdependencia y la globalización de los mercados a través de una rápida aceleración de los flujos del comercio y de la inversión, la creación y difusión de nuevas tecnologías, el explosivo crecimiento de los mercados de capital y la integración de los mercados financieros, así como por la modificación de las conductas que guía las operaciones empresariales ahora ubicadas en un ámbito planetario. Los actores primarios de este proceso de globalización obviamente son las empresas transnacionales, a través de los flujos de inversión y del fortalecimiento de los lazos corporativos.

Esta transformación, empero, no transcurre sin conflictos. Estos procesos generan una creciente rivalidad entre las transnacionales, representadas política y comercialmente por los gobiernos nacionales de los países centrales y/o los bloques regionales. Por otra parte, el altísimo costo en el que se incurre para mantener a las empresas en situaciones tecnológicamente competitivas, paradójicamente, está fomentando una singular forma de cooperación denominada alianza estratégica, o también definida bajo la conceptualización del llamado "tecnoglobalismo".

Así, al conjuntar sus esfuerzos de investigación y desarrollo con empresas rivales - incluso con aquellas con las cuales se disputan los mismos mercados - disminuyen la magnitud de sus inversiones al compartirlas entre varias empresas, pero, además, logran disminuir los niveles de incertidumbre, pues se están asociando con sus principales competidores tecnológicos, y el riesgo de que aparezca un producto con mayor innovación incorporada en ese particular segmento de mercado disminuye notablemente.

La premisa fundamental de la globalización es que existe un mayor grado de integración dentro y entre las sociedades, el cual juega un papel de primer orden en los cambios económicos y sociales que están teniendo lugar.

Los principales procesos de la globalización son resumidos en los puntos siguientes:

- Los sistemas de comunicaciones globales están teniendo una creciente importancia en la actualidad. Es por medio de estos procesos que las naciones, grupos sociales y personas están interactuando de manera más fluida tanto dentro como entre naciones;
- Aún cuando los sistemas más avanzados de comunicación están operando preferentemente entre las naciones más desarrolladas, estos mecanismos también están haciendo sentir sus efectos en las naciones menos avanzadas;
- Esta situación puede permitir la interacción de grupos a partir de las naciones más pobres en su comunicación con otros centros más desarrollados de manera más fácil. En esto cobraría sentido hasta cierto punto el pregonado principio de la aldea global en cuanto a las comunicaciones y las transacciones comerciales y financieras;
- Respecto a las actividades económicas, los nuevos avances tecnológicos en las comunicaciones están llegando a ser cada vez más accesibles a pequeñas y medianas empresas locales. Esta situación está creando un nuevo escenario para las transacciones económicas, la utilización de los recursos productivos, de equipo, intercambio de productos y la presencia de los "mecanismos monetarios virtuales". Desde una perspectiva cultural, los nuevos productos para la comunicación están desarrollando un patrón de intercambio e interconexión mundiales;
- El concepto de minorías dentro de los diferentes países está siendo afectado por los patrones de comunicación. A pesar de que las minorías pueden no estar completamente integradas dentro de los nuevos circuitos de comunicación, reciben su influencia, incluyendo el hecho de que los sectores de mayor poder económico y político sí se están integrando en la nueva esfera de interconexión. En última instancia, continúa el factor de que son las élites de negocios y políticas las que determinan las decisiones políticas dentro de los estados-nación;
- Los elementos de índole económica y social que se hayan bajo la influencia de las condiciones actuales del fenómeno de la globalización, ofrecen

circunstancias dentro de las cuales se desarrollan las condiciones sociales dentro de los países.

La globalización es un proceso multidimensional, aunque hay razones para pensar que es ante todo un proceso económico, hecho posible por cambios provenientes de la ciencia y la tecnología.²⁵

Desde el punto de vista ideológico, el proceso de la globalización se funda en bases neoliberales que significan la reproducción a escala mundial de las diferencias que este modelo económico significa, es decir, genera la concentración de riquezas en aquellos que son dueños del capital, quien ahora además no tiene patria, por lo tanto no beneficia a naciones sino a determinados grupos oligarcas con trascendencia planetaria.

La base neoliberal contiene la importancia del individuo, el papel limitado del Estado y el valor del mercado libre. Ese enfoque afirma que si los individuos pueden libremente perseguir sus propios intereses, las consecuencias colectivas serán mucho más beneficiosas que la acción gubernamental. En síntesis, el neoliberalismo puede ser definido como la creencia en que la intervención gubernamental usualmente no funciona y que el mercado usualmente sí lo hace. El peligro que encierra esto es aceptar que no es posible lograr una sociedad más justa, y que para que algunos accedan a los beneficios del desarrollo, se hace necesario que otros vivan para siempre en condiciones de miseria inaceptables.

Desde el punto de vista cultural, la globalización se ha asociado a los patrones de conducta predominantes en la cultura norteamericana. La rueda del comercio se movería mucho mejor si todos bebiéramos, comiéramos, nos vistiéramos con los mismos gustos, y por supuesto, si habláramos el mismo idioma. El castigo es para quienes no aceptan la "cultura globalizada", es la negociación al acceso de los supuestos beneficios económicos que genera este fenómeno.

²⁵ *Idem.*

Como dice García Canclini, en su libro *Consumidores y Ciudadanos*, la internacionalización fue una apertura de las fronteras geográficas de cada sociedad para incorporar bienes materiales y simbólicos de las demás. La globalización supone una interacción funcional de actividades económicas y culturales dispersas, bienes y servicios generados por un sistema con muchos centros, en el que importa más la velocidad para recorrer el mundo que las posiciones geográficas desde las cuales se actúa.

Estas transformaciones culturales se apoyan en una aceleración sin precedentes en los procesos tecnológicos, tanto en lo que atañe al ritmo mismo de las innovaciones, como en lo que se refiere al lapso que transcurre entre la innovación y su incorporación en la producción, y aunado al proceso de fusión de las grandes empresas que penetran en gran medida a través de los contratos de franquicia, conformando un todo, el marco globalizador.

2.1.3. Características de la globalización

Factores como la globalización económica, entendida como mundialización o desregulación de la economía, adquieren toda su relevancia. "La globalización de los mercados es causa y consecuencia del fenómeno universal de la internacionalización de las empresas". No es este un proceso nuevo, ha existido desde hace siglos con períodos de auge espectacular. No obstante, lo característico de ahora es la rapidez e intensidad con que se extiende.

La internacionalización de las empresas, y los problemas que de ella se derivan, son cuestiones que merecen la atención de gobierno, empresarios, académicos y medios de información. Su importancia radica en la rapidez e intensidad con que ha irrumpido la última década, y la competencia que ello supone para las empresas locales.

La globalización de la vida económica internacional afecta de manera directa a las empresas, creándole retos por la creciente presencia de las empresas extranjeras en el mercado nacional, la complejidad que la globalización impone a la dirección

de las empresas, y las restricciones que impone a las políticas económicas nacionales.

Debido a la complejidad del fenómeno, se hace difícil analizar con detenimiento todas sus características, pero se puede mencionar la clasificación aportada por el FMI.

Interrelación de los mercados. Si bien no es total, esta interrelación conlleva a una dependencia que tiene efectos instantáneos e inmediatos, como por ejemplo, que una pequeña alza en la tasa de interés en EUA provoque una caída fuerte en la Bolsa de Buenos Aires.

Desarrollo y proliferación de los servicios internacionales masivos. Entre ellos, las telecomunicaciones y el transporte aéreo. Esta característica hace que los precios de los pasajes aéreos bajen y haya una mayor disponibilidad horaria.

Alianzas estratégicas. A causa de una competencia creciente, los distintos países pueden unirse formando alianzas que eliminan barreras aduaneras y facilitan el comercio. Entre estas es posible mencionar el Mercosur, la Comunidad Económica Europea, el Tratado de Libre Comercio de EEUU, México y Canadá (NAFTA).

Interrelación de las distintas culturas. "... Las secuelas de la globalización han pegado duramente sobre las culturas de las organizaciones como resultado de la diversidad. Las personas de distintos países son diferentes, tienen distintos valores, distintas creencias, distintos idiomas, provienen de distintas culturas. El lugar de trabajo tiene que reflejar esas diferencias y buscar la manera de reconciliar puntos de vista, estilos de trabajo, patrones de comportamiento diferentes."²⁶ En el contexto generado por la globalización, llegan al mercado local nuevas empresas con culturas organizacionales distintas, que se enfrentan con las culturas locales, lo que puede generar conflictos, así como también enriquecimiento mutuo.

²⁶ SERRA, Roberto, "El Nuevo Juego de los Negocios", Grupo Editorial Norma, 1998.

Aumento de la competencia. Se da tanto en empresas grandes como pequeñas, debido a la apertura de los mercados (las alianzas estratégicas entre países colaboran en esta apertura). Para hacer frente a esta situación, las empresas deberán aumentar su competitividad, que no consiste solamente en bajar costos, sino que tiene que ver en gran medida con la capacidad de adaptarse a demandas variadas.

Estas serían algunas de las características sobresalientes de la globalización. Si las empresas son capaces de tenerlas en cuenta y aprovecharlas, podrán considerar la globalización como una fuente de oportunidades. Algunas de estas son:

- Facilita el ingreso a distintos mercados que anteriormente se hallaban menos accesibles al intercambio. Los flujos de información, tecnología y capital han sido los que más han incrementado su movilidad.
- El intercambio cultural favorece el aprendizaje de los integrantes de la organización. Por ejemplo, aportando nuevas ideas y procesos.
- La notable reducción de los costos del transporte y las comunicaciones ha facilitado la división del proceso productivo, permitiendo la participación de un mayor número de ubicaciones geográficas según las ventajas que cada una aporta a la cadena de valor agregado. Esto ha ampliado las oportunidades para que productores especializados participen más activamente de la producción. Por ejemplo, en Argentina se prepara el cuero y se envía a Brasil donde se utiliza para la producción de distintos artículos.
- Incrementa la competencia, sentando las bases para el establecimiento de nuevas alianzas empresariales que pueden llevar a un mayor desarrollo de las empresas.²⁷

²⁷ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL; "Perspectivas de la Economía Mundial", Mayo 1997, <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/govs.htm>, Septiembre 2004.

2.2. Franquicia

2.2.1. Concepto

Meyer, en su libro titulado *Marketing, ventas al por menor*, define las franquicias, concesiones o licencias, como un acuerdo contractual mediante el cual una compañía matriz (franquiciadora) le concede a una pequeña compañía o a un individuo (franquiciador) el derecho de hacer negocios en condiciones específicas. Lo dicho anteriormente nos permite resumir de forma simple que un franquiciador tiene el derecho de nombre o de marca registrada, y le vende el derecho a un franquiciado, conociendo esto como licencia de producto. "En la forma más compleja, el formato de licencia de negocio es una relación más amplia y continua que existe entre dos partes, donde a menudo comprende un rango completo de servicios, incluyendo selección de sitio, entrenamiento, suministro de productos, planes de *marketing* y también financiador".²⁸ El espectacular crecimiento de los concesionarios representa el rápido incremento de dos tendencias: la prisa de los individuos por llegar a ser sus propios jefes, y la necesidad de las compañías de encontrar formas más eficientes y baratas de expandirse.

Meyer y Khon establecen que el tiempo durante el cual es válido un acuerdo de licencias se llama franquicia, seguido del contrato, y puede ir desde cinco años hasta la perpetuidad. La mayoría de los acuerdos son por veinte años. Después de que el periodo haya terminado, el franquiciador a menudo tiene el derecho de recomprar o revender la unidad. Al contrario, Kennedy sostiene que las franquicias son un privilegio otorgado por un organismo gubernamental a un individuo, a una sociedad colectiva o a una sociedad anónima, para usar una sociedad pública, una calle o una carretera, o el espacio por encima o por debajo de la calle o carretera. La franquicia puede ser por un término fijo de años, por un período indeterminado o a perpetuidad.

²⁸ - ARCE Garcukkim, Javier, " Op. Cit., p. 56.

Phillips Kotler, en su libro titulado *Dirección de la Mercadotecnia*, establece como concepto de franquicia o concesionamiento: "Un convenio con el concesionario en el mercado extranjero, ofreciendo 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."²⁹

Entendamos que un derecho de franquicia es un pago anticipado de una sola vez, que los concesionarios hacen directamente a quién le concede la franquicia, para ser parte del sistema de concesiones. El pago le reembolsa al franquiciador los costos de ubicación, calificación y entrenamiento de los nuevos concesionarios. Una regalía es un pago anual, entre el 1% y 20% de las ventas del concesionario, que se paga al franquiciador. Estos pagos representan los costos de hacer negocios como parte de una organización de concesiones, un derecho de publicidad.

Es un pago anual, usualmente menos de 3% de las ventas, que cubre la publicidad corporativa. Las ganancias por venta de equipos, provisiones, servicios o productos terminados al concesionario. En vista de lo antes citado, se tendría que aclarar que no todos los concesionarios salen ganando, debido a que las franquicias están sujetas a la suerte de la economía en la que gravitan. "Si una economía crece, también las franquicias crecerán, en caso contrario, cuando la economía de un país o de una región no se desarrolla, tampoco lo podrán hacer las franquicias".³⁰ Pero sí se comparan con otros negocios pequeños, la posibilidad de sobrevivir son mejores en el caso de las concesiones, debido que muchas cifras muestran que alrededor de un 5% del total de las franquicias se descontinúan cada cinco años, comparado con 50% de negocios nuevos independientes.

²⁹ KOTLER, Philips, "Dirección de Marketing: Análisis, y Control", Ed. Prentice Hispanoamericana, Madrid, p. 850.

³⁰ - ARCE Garcukkim, Javier, Op. Cit., p. 78.

Se dice que es un sistema de colaboración entre dos empresas deferentes, que se encuentran ligadas por un contrato en virtud del cuál una concede a la otra, a través del pago de una cantidad y bajo condiciones que explota, una marca o formula comercial, representada por un signo gráfico o emblema, asegurándole a su vez ayuda y algunos servicios regulares a fin de facilitar dicha explotación. "Es un contrato por el cual un fabricante, o más en general, un prestador de servicios que se llama franquiciador -llamémoslo también concedente-, da a un comerciante independiente, llamado franquiciante -llamémoslo también concesionario-, de derecho a explotar o comercializar una marca de un determinado producto o de un servicio, comprometiéndose, además, a asistirlo en la organización, en la formación, en las técnicas de comercialización, etcétera, mediante el pago de una precio".³¹

2.2.2. Elementos de la franquicia

La Franquicia aparece en economías desarrolladas en donde existen productos de bienes y servicios en forma masiva y a gran escala, con consumidores de dichas mercancías, servicios y uniformidad con los bienes demandados, destacando tres elementos:

A) La marca

Esta nos indica la calidad, en la cual, para poder identificar una relación de franquicia, es necesario que el concesionario opere su negocio con una o varias marcas. Tal y como se establece en el artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial: "Existirá Franquicia cuando con la licencia del uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos

³¹ *Ibidem.*

establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue. Quien concede una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretenda conceder, previamente a la celebración del convenio respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta ley. Por lo que para que se pueda realizar la inscripción de la franquicia, deben aplicarse las disposiciones que nos marca el capítulo VI de la misma ley del título de licencias y transmisiones de derecho”.³²

B) La uniformidad

Esta característica se encuentra totalmente 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. El propósito del contrato de franquicia es producir y vender bienes o prestar servicios de manera uniforme.

C) La contra prestación

Es el pago de diversas cantidades que el concesionario hace al concedente de la franquicia, el cual está generalmente ligado a los resultados de la operación de dicho negocio. Por esto, los contratos de franquicia onerosos o mercantiles pueden prever una diversidad de pagos, por una variedad de servicios que suponen la explotación de la franquicia. Se pueden mencionar diversos conceptos de pago por parte del concesionario al concedente, siendo algunos de ellos los que a continuación se mencionan:

- Pagos iniciales;
- Derechos de franquicia y áreas;
- Entrenamiento;

³² México, Ley de Propiedad Industrial, Art. 142, 1004.

- Aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio;
- Diseño arquitectónico;
- Pagos periódicos;
- Regalías (por porcentaje fijo, posible incremento o decremento según ventas, mixto o cuota mínima);
- Por servicios diversos.³³

2.2.3. Tipos de franquicia

Las franquicias o el concesionamiento han sido el desarrollo de más rápido crecimiento y mayor interés en los últimos años. Aunque la idea básica ya es vieja, algunas formas del concesionamiento son muy recientes. Pueden distinguirse tres formas de concesionamiento: la primera es el sistema de concesión al detallista patrocinado por el fabricante, el cual ejemplifica la industria de automóviles. Así, la Ford concede a los distribuidores para que vendan sus automóviles, y los distribuidores, que son negociantes independientes, aceptan cumplir con varias condiciones de ventas y servicios. La segunda es el sistema de concesionamiento al mayorista patrocinado por el fabricante. Este sistema se encuentra en la industria refresquera. Coca-Cola, por ejemplo, otorga licencia al embotellador (mayoristas) en varios mercados, los cuales adquieren sus concentrados a los que agregan carbonato, embotellan y venden a los detallistas en los mercados locales. La tercera es el sistema de concesionamiento al detallista patrocinado por la firma de servicios. En este caso, una firma de servicio organiza todo un sistema para llevar su servicio en forma eficiente a los consumidores. Ejemplo de este tipo de concesionamiento se encuentran en el negocio de la venta de vehículos (Hertz, Avis), en el negocio de alimentos rápidos (McDonald's, Burger King), y el negocio de moteles (Howard, Jonson, Ramada Inn).³⁴

³³ GONZÁLEZ Calvillo, Enrique, Op. Cit., p. 92.

³⁴ FEHER Gallástegui, Juan Manuel, "Visión Estratégica de las Franquicias en México", Ed. AMF, México, 1995, p. 75.

Según su grupo, existen diferentes grupos de franquicias:

a) Franquicia de Producción

Es aquella donde el franquiciador, además de ser el titular de la marca, fabrica los productos que comercializa en sus establecimientos franquiciados.

Aquí la empresa franquiciadora es la que fabrica los productos y es además propietaria de la marca, el *know-how*, por lo que otorga franquicias para que el franquiciado produzca los productos. Por tanto, la marca que distribuye y la que fabrica es la misma.

b) Franquicia de servicio

Es el tipo de franquicia más dinámico y con más proyección. El franquiciador cede el derecho a utilizar y comercializar una fórmula o sistema original de cualquier tipo de servicio con un nombre ya acreditado y que ha demostrado su eficacia a nivel de aceptación.

Dentro de este tipo, el franquiciador le ofrece al franquiciado una fórmula original y específica de prestación de servicios al consumidor. Por su parte, el franquiciado provee los servicios al cliente con el mismo nivel de calidad y a los mismos precios. Es importante destacar que, debido a su carácter abstracto, esta clase de acuerdo necesita una constante colaboración y transmisión de *know-how* por parte del franquiciador.

Dentro de las empresas que utilizan este sistema, podemos citar las cadenas de comidas rápidas McDonald's, Kentucky Fried Chicken y Donkin Donuts.

c) Franquicia industria

Se compone de dos industriales: el franquiciador y el franquiciado. El fabricante del producto cede el derecho a fabricar y comercializar el producto con su marca original. Precisa una fuerte inversión de capital. Aquí el vínculo es jurídico y económico, traspasando tecnología, nombre y marca del producto. El franquiciador -quien debe ser titular de la propiedad industrial- cede a sus franquiciados la tecnología y materias primas necesarias para manufacturar un determinado producto, y posteriormente venderlo en el mercado. En este tipo de franquicia, una industria decide transferirle a otra su tecnología y su propiedad industrial.

d) Franquicia-Corner

Se da cuando un comerciante tradicional acepta destinar una parte de su local de una forma exclusiva a una determinada marca, bajo las siguientes normas: en la zona destinada sólo deberá haber productos con la imagen y la marca en cuestión. Esto ocasiona que haya una mayor independencia y menor exigencia por el franquiciador. Se desarrolla dentro de un establecimiento comercial, por departamentos, en el cual existe un espacio franquiciado. En este espacio, se venden los productos o se prestan los servicios objeto de la franquicia, según los métodos y las especificaciones del franquiciador. Es aquella que se desarrolla dentro de otro establecimiento comercial, con un espacio franquiciado donde se venden los productos y/o se prestan los servicios del franquiciador de acuerdo con sus especificaciones.

e) Master-franquicia

Esta modalidad consiste en exportar una franquicia de un país de origen hacia otro, a través de la figura del master-franquiciado, persona física o jurídica, a la cual el franquiciador original vende los derechos de su franquicia para que la desarrolle en el país de destino. El master-franquiciado es el gestor y responsable del desarrollo y representación del franquiciador de forma exclusiva en su país, y será el encargado de seleccionar a los franquiciados y

adaptar el negocio a las características específicas del país en el que se desarrolle. Es el sistema mas utilizado para extender una franquicia a nivel internacional. Se trata de la relación contractual que un franquiciador extranjero establece con una persona natural o jurídica del país en cuestión, actuando este ultimo como franquiciado y al mismo tiempo como franquiciador de determinados puntos de venta que se inauguran, siendo directamente responsable del desarrollo y representación del franquiciador de forma exclusiva en su país o en una región de países. El franquiciado master está encargado del establecimiento piloto, es el responsable de la selección de nuevos franquiciados, de la inversión, publicidad global de la red, y en general de todas las relaciones con los franquiciados de su territorio. Este sistema es utilizado cuando el franquiciador no desea o no dispone de los recursos financieros y del personal necesario para desarrollar la franquicia de manera directa en el país extranjero. Este método también es eficaz para sobrellevar las diferencias culturales que podrían impedir que el franquiciador accediera directamente a un nuevo mercado para sus productos o servicios. Debido al conocimiento que tiene el franquiciado en las costumbres y usos, e incluso de los vicios, tramites lógicos dentro de su país, puede servir de puente para que el franquiciador expanda sus negocios, sin necesidad de involucrarse directamente, en muchos países simultáneamente y en un tiempo que no es comparable con el que necesitaría para comprender tales costumbres y usos, con los costos que ello implicaría.

f) Franquicia de distribución

El franquiciador actúa como intermediario en las compras, selecciona productos que son fabricados por otras empresas y los distribuye a través de sus puntos de venta franquiciados en condiciones ventajosas. El franquiciante cede los productos que él mismo fabrica y/o la marca a sus franquiciados a cambio de regalías o precios de compra más altos. Sus características básicas se concentran en el desarrollo del producto o servicio, más que en la operación

del negocio. Se le concede más libertad al franquiciado, pero a la vez menos aporte operacional. Se fija en este caso al franquiciado, los productos que tiene que vender, con la aportación de la marca. Por ejemplo, productos alimenticios, textiles, etc. El franquiciador cede al franquiciado la distribución de sus productos, junto con el derecho a utilizar su nombre comercial.

g) Franquicia de formato de negocio

En este tipo, el franquiciador le ofrece al franquiciado un negocio que ha sido estandarizado hasta en el más mínimo detalle, y lo reduce a manuales, de tal forma que, en conjunto con la asistencia del franquiciador, le permiten al franquiciado operar de manera exacta a como lo haría el franquiciador en un negocio propio.

h) Franquicia de formato de tercera generación

El franquiciado recibe un sistema completo para operar el negocio, un plan total que comprende la asistencia por parte del franquiciante en la búsqueda del local adecuado para la instalación del negocio, el entrenamiento y la capacitación del personal en todas las áreas del mismo. Este entrenamiento se prolonga durante la existencia del contrato de franquicia. El franquiciante concede al franquiciado la exclusividad del territorio, y este último comercializa o distribuye los productos o servicios exclusivamente. El franquiciado recibe: manuales de procedimiento, apoyo publicitario, asistencia en la compra de equipos y fuentes adecuadas de materias primas o productos

i) Franquicia por conversión

Se trata de aquellos acuerdos en los que un negocio ya establecido accede a una cadena de franquicia, adoptando las características de la misma, relativas a imagen, el nombre comercial, publicación conjunta, etc.

j) Plurifranquicias

El franquiciado gestiona franquicias diferentes que normalmente suelen ser complementarias y no competitivas. Se trata del caso de franquiciados que asumen la explotación de distintos puntos de venta de distintas cadenas de franquicias.

k) Multifranquicia

El franquiciado tiene más de un establecimiento del mismo franquiciador, y le corresponde un área determinada en la que puede abrir el número de establecimientos que estime convenientes.

l) Franquicia activa

Es aquella en que el franquiciador exige que sus franquiciados sean los que personalmente gestionen y estén al frente de sus establecimientos.³⁵

m) *BUSINESS FORMAT FRANCHISING* (franquicia para crear y explotar una negociación)

Este tipo de franquicia es también llamado *package franchising* y ha alcanzado a millones de americanos. Algunas de estas negociaciones requieren de inversiones muy pequeñas, miles de dólares, y hay franquicias que pueden adquirirse con un capital inicial de 100,000.00 dólares. La relación de concedente y concesionario generalmente incluye un producto o un servicio y una marca, un sistema de comercialización, manuales de operación, procedimientos, etc. Algunos ejemplos de franquicia con la que el público se encuentra más familiarizado son aquellos de comida rápida, hamburguesas, agencias de renta de automóviles, locales de helados, restaurantes de pizzas,

35 DI CONSTANZO, Juan, "Desarrollo de Sistemas de Franquicias", McGraw-Hill, México, 1997, p. 112-129.

etc. Pero este sistema de franquicia tiene menos importancia que el monto global de las ventas de franquicia, teniendo un valor aproximado del 30%. Dentro de la exclusiva y espacio geográfico en el que el concedente ejerce su privilegio sobre la franquicia concedida, se mencionan distintas clases de contratos como lo son:

1.- FRANQUICIA UNITARIA: en la que el concesionario sólo puede abrir y operar un solo establecimiento en una localidad específica o territorio asignado.

2.- ÁREA DE DESARROLLO DE FRANQUICIA: en esta, el concesionario puede abrir dentro de un territorio específico un número limitado o ilimitado de establecimientos y otorgar franquicia para el desarrollo de áreas. Se parece al otorgamiento de subfranquicias porque esas operaciones tienen que ver con territorios, sólo que los desarrolladores de áreas son los responsables de establecer las franquicias, en donde ellos son los dueños, mediante un contrato de desarrollo de área, donde los franquiciadores son propietarios de varias unidades dentro del territorio que se les otorga por contrato.

3.- CONTRATO DE OPCIÓN: en la que el concesionario puede abrir u operar un establecimiento, y por una cuota adicional, algunos establecimientos adicionales, siendo dicha cuota ventajosa para el concedente.

4.- SUB FRANQUICIA: la cuál es similar a franquicia de área de desarrollo a excepción que el concedente y el subconcedente otorga el desarrollo de vender dentro del territorio concedido exclusivamente. En este caso, un franquiciatario mayor compra los derechos exclusivos de un territorio dentro del cual actúa vendiendo subfranquicias, implicando la intervención de terceras personas, por lo que se vuelve una operación un tanto más difícil de manejar que los acuerdos para el desarrollo de áreas.

5.- **CONVERSIÓN A FRANQUICIA:** es un programa cuyo objeto es el "convertir" o incluir dentro de la franquicia algunos organismos independientes que ya existen y se encuentran independientes.³⁶

2.2.4. Ventajas y desventajas de las franquicias

Ventajas de la franquicia

De acuerdo con la administración de pequeños negocios de los Estados Unidos, la franquicia tiene varias ventajas sobre los minoristas independientes. Ellas son:

Reputación: es un sistema de licencias establecido y bien conocido. El nuevo concesionario no tiene que trabajar para establecer la reputación de la firma. El producto o servicio que se ofrece ya es aceptado por el público.

Capital de trabajo: cuesta menos dinero operar un negocio de concesión, porque el franquiciador le da al concesionario buenos controles de inventario y otros medios para reducir los gastos. Cuando es necesario, el franquiciador puede también dar asistencia financiera para los gastos operativos.

Experiencia: el consejo dado por el franquiciador compensa la inexperiencia del nuevo propietario.

Asistencia gerencial: el propietario de un pequeño almacén independiente tiene que aprender de todo, y un minorista experimentado puede no ser un maestro en todos los aspectos de finanzas, estadísticas, marketing y promoción de ventas. Las mejores compañías de franquicia le dan al concesionario asistencia continua en estas áreas.

³⁶ *Ibidem.*

Utilidades: al asumir unos costos razonables de franquicia y convenios sobre suministros, el concesionario usualmente puede esperar un razonable margen de ganancias, porque el negocio se maneja con la eficiencia de unas cadenas.

Motivación: debido a que el concesionario y el franquiciador se benefician del éxito de la operación, ambos trabajan adecuadamente para lograrlo.³⁷

Ventajas del franquiciador

Las motivaciones del franquiciador para crear una franquicia son esencialmente las siguientes:

Tener acceso a una nueva fuente de capitales, sin perder o diluir el control del sistema de marketing.

Evitar los gastos fijos elevados que implican generalmente un sistema de distribución para almacenes propios.

Cooperar con los distribuidores independientes, pero altamente motivados por ser propietarios de sus negocios.

Cooperar con los hombres de negocios locales bien integrados en medio de la ciudad, de la región o del país.

Crear una nueva fuente de ingresos, basada en el saber hacer técnico comercial que se posee.

³⁷ RAAB Steven, S., "Franquicias", Ed. Limusa, México, 2002, p. 75.

Realizar un aumento rápido de las ventas, teniendo el éxito un efecto bola de nieve.

Beneficiarse de las economías de escala gracias al desarrollo del sistema de franquicia.³⁸

Ventajas para el franquiciado

La motivación del franquiciado principalmente es beneficiarse de la experiencia, de la notoriedad y de la garantía, unidas a la imagen de marca del franquiciador. A esta motivación básica, se añaden las consideraciones siguientes: tener la posibilidad de poner en marcha una empresa con poco capital, reducir el riesgo y la incertidumbre, puesto que se trata de un proyecto de éxito probado; beneficiarse de un mejor poder de compra ante los proveedores de la cadena franquiciada; recibir una formación y una asistencia continua proporcionadas por el del franquiciador; tener el acceso a los mejores emplazamientos, gracias al renombre y al poder financiero del franquiciador; recibir una ayuda a la gestión del marketing y a la gestión financiera y contable de la franquicia; tener locales y decoración interior bien concebidos; beneficiarse de la investigación y desarrollo constantes de nuevos productos o servicios; y, tener la posibilidad de crear su propio negocio como independiente, perteneciendo a una gran organización. "El acuerdo de franquicia es una forma relativamente flexible de colaboración entre el franquiciador y los franquiciados. No obstante, existen tres fundamentos indispensables para la solidez de un acuerdo de franquicia, que son: la voluntad de trabajar solidariamente, la aceptación de un derecho de transparencia recíproco, y el fundamento legal de la fórmula".²³ Esta última condición es esencial. La franquicia es un método original de distribución de un buen producto o de un buen servicio (una fórmula de éxito), y no será nunca

38 PARRA, F., Miquel, S., ALDAS, J., "La Franquicia desde el Punto de Vista del Franquiciador: una Aproximación Multivariable", 1997, p. 67-75.

una solución para sacar de un apuro o de salvaguarda de una empresa en dificultad que se declare franquiciador sin haber hecho ella misma la prueba de su fórmula.³⁹

Desventajas de las franquicias

Existen también desventajas para el concesionario, y se presentan a continuación algunas de ellas:

- **Derechos:** los derechos que el franquiciador cobra por el uso del nombre de la empresa, los precios cobrados por las provisiones y otros gastos, pueden ser muy altos para una localidad particular, de tal manera que se puede incurrir en pérdidas o bajos márgenes de ganancias para el minorista.
- **Menos independencia:** debido a que el concesionario debe seguir los patrones del franquiciador, el minorista pierde algo de su independencia.
- **Estandarización:** los procedimientos son estandarizados y los concesionarios no tienen mucha posibilidad de utilizar ideas propias.
- **Lentitud:** debido al tamaño, un franquiciador puede ser lento para aceptar una nueva idea o adaptar sus métodos a los cambios de condición.
- **Cancelación:** es difícil y caro cancelar un convenio de concesión sin la cooperación del franquiciador.
- **El control:** el franquiciador tiene menos control sobre el concesionario, que si montara sus propias instalaciones de producción.

³⁹ *Ibidem.*

- El competidor: si el concesionario tiene mucho éxito, la firma pierde utilidades, y al terminar el contrato podría encontrarse con que ha crecido un competidor.⁴⁰

Desventajas para el franquiciador

- ⇒ Posibilidad de indisciplina del franquiciado, con sus consecuencias funestas para la cadena.
- ⇒ Posibilidad de elegir franquiciados no idóneos para el manejo el crecimiento de la cadena, y su detección tardía.
- ⇒ Peligro del desprestigio de la marca
- ⇒ Utilidad menor para el franquiciador, en comparación con la obtenida por medio de una cadena propia.
- ⇒ Posibilidad de fraude en los reportes de cánones y regalías.
- ⇒ Falta control sobre la calidad.
- ⇒ Inhabilidad para comprometerse en una coordinación estratégica global.⁴¹

Desventajas para el franquiciado

- ⇒ Debe pagar montos iniciales periódicos al franquiciador.
- ⇒ No es propietario del nombre y marca comercial.
- ⇒ Las decisiones acerca de las políticas a seguir las toma el franquiciador.
- ⇒ Tiene restringidos los derechos a disponer de su propio negocio.
- ⇒ Está ligado a la suerte del franquiciador y de todos y cada uno de los demás franquiciados.⁴²

⁴⁰ RAAB Steven, S., Op. Cit., p. 81.

⁴¹ PARRA, F., Miquel, S., ALDAS, J., Op. Cit., p. 83.

⁴² *Ídem*, p. 86.

2.3. El contrato de franquicia

2.3.1. Clasificación del contrato

Clasificaremos las principales características que identifican al contrato de franquicia. Podemos mencionar que el contrato de franquicia posee los siguientes caracteres:

- Es por contrato comercial, bilateral, oneroso, principal, aleatorio, consensual, innominado o atípico, de tracto sucesivo, generalmente elaborado a partir de una convención, libremente discutida o de adhesión, celebrado sin consideración a la persona del contratante.
- Es un contrato en el que el concedente, concede al concesionario del derecho a que explote un negocio mercantil.
- Se debe entregar una licencia de autorización, la cual debe contener el uso de marca, y eventualmente la de nombres y avisos comerciales y explotación de patente.
- La exclusividad del mismo se refiere a un territorio específico o a uno o varios establecimientos geográficos identificados.
- El concesionario debe obligarse a cumplir con el control de calidad que debe contener el producto o servicio, según los términos y especificaciones que le señale el concedente.
- El pago de la contraprestación que realiza el concesionario, se encuentra ligada a los resultados de la operación y se puede pactar como un precio fijo, venta de franquicia, regalías o pagos periódicos sobre las bases de las ventas o una combinación de ambos.

- Es un contrato de largo plazo y de colaboración, no de cambio, puesto que un concedente, como el concesionario, tiene intereses en común (prestigiar la marca, la negociación y obtener mayores ventas y utilidades).⁴³

Dicho contrato puede ser clasificado de diferentes formas, como la civil o la comercial, y se sabe que existen dos tendencias clásicas para poder determinar la comercialización de los actos jurídicos. La más antigua es aquella que se encuentra consagrada en el derecho Alemán y que reposa sobre el elemento subjetivo, considerando como acto de comercio todo aquel que realiza un comerciante. Sin embargo, tal doctrina ha sido criticada de insuficiente, toda vez que nos lleva al problema de determinar en sí qué persona o personas son responsables de tal calidad de la que tanto hablamos. Por otra parte, "otra alternativa que se tiene para determinar si los actos son civiles o mercantiles, es el elemento objetivo del acto de comercio, presentando esta teoría algunas inconveniencias, ya que existe una definición más clara del acto de comercio. No obstante, podemos decir que en el derecho, ni el criterio subjetivo, ni el objetivo, tienen en su reglamento jurídico suficientes herramientas para poder determinar si un acto jurídico tiene el carácter de civil o mercantil".⁴⁴

Así mismo, el contrato de franquicia se puede clasificar de la siguiente manera:

UNI O BILATERAL. Este contrato es bilateral, ya que existe una obligación recíproca entre las partes que intervienen en el mismo, comprometiéndose el concedente a otorgar el uso de su marca, de su emblema o nombre o algunas técnicas o método de comercializar un producto o servicio, y auxiliarlo en su explotación durante todo el tiempo que dure el contrato; mientras que el concesionario se compromete a retribuir al concedente y observar sus condiciones en el ejercicio de su actividad.

⁴³ MOLAS, Ana María, "Contratos Mercantiles Atípicos", Edit. DIVISA, Buenos Aires, 1983, p. 112.

⁴⁴ OLVERA de Luna, Omar, "Contratos Mercantiles", Edit. Porrúa, México, D.F., 1892, p. 99.

GRATUITO U ONEROSO. Es oneroso ya que tiene por objeto una utilidad para ambos contratantes, existiendo tanto derecho como gravámenes recíprocos para las partes.

CONMUTATIVO O ALEATORIO. El contrato de franquicia es un contrato conmutativo, toda vez que la consideración del sacrificio que deben realizar ambas partes, con relación al beneficio que se proponen obtener, pueden realizarla en el momento en que éste se lleve a cabo.⁴⁵

2.3.2. Contenido del contrato

Además de las cláusulas esenciales derivadas de los pactos el contrato de franquicia, contiene las siguientes estipulaciones:

- a) Territorialidad, o zona geográfica en que ha de operar el franquiciatario;
- b) El carácter exclusivo o no de la franquicia;
- c) Duración, que puede ser fija o indeterminada, en este caso, con preaviso de terminación;
- d) El mayor o menor grado en que prestará el franquiciante la supervisión;
- e) La forma y términos en los que el franquiciatario podrá efectuar la publicidad;
- f) La reserva o la confidencialidad que debe guardar el franquiciatario, respecto de los conocimientos técnicos que se le suministren;
- g) La libertad o no del franquiciatario para adquirir las materias primas o insumos;
- h) El compromiso del recíproco suministro de innovaciones o mejoras;
- i) La libertad o no del franquiciatario para fijar los precios de venta;
- j) La obligación, por parte del franquiciante, de proporcionar manuales operativos, por parte del franquiciatario, y de ajustarse a ellos;

⁴⁵ *Idem*, pp. 101-109.

- k) La obligación y derecho recíprocos de efectuar visitas de carácter técnico, así como las épocas, duración y costo de las mismas;
- l) La forma y términos en que solicitará y proporcionará la asistencia técnica necesaria o requerida;
- m) Las condiciones y alcances en que podrán efectuarse planes y campañas de ofertas y promociones;
- n) La posibilidad de expansiones geográficas y de elaboración de nuevos productos o prestación de servicios;
- o) La posible preferencia del franquiciatario para obtener nuevas franquicias;
- p) El pacto de no competencia recíproca;
- q) La adopción, según índices por demás variables, de un mínimo de ventas, usualmente redituables para ambas partes;
- r) La contratación de seguros sobre bienes de activo fijo, mercaderías y responsabilidad civil;
- s) La indemnidad del franquiciante por las actividades del franquiciatario y por los bienes o servicios que venda;
- t) La facultad o no del franquiciatario para conceder subfranquicias;
- u) La insensibilidad del contrato, derechos y obligaciones derivados del mismo por parte del franquiciatario, así como las consecuencias de la liquidación o fallecimiento de algunas de las partes;
- v) El arrendamiento –puro o financiero- o el comodato de inmuebles y equipo;
- w) Los casos de rescisión o terminación anticipada del contrato;
- x) Los derechos y obligaciones de las partes al concluir el contrato, y,
- y) Las leyes aplicables y la competencia judicial para los casos de controversia.⁴⁶

De igual manera, el contrato de franquicia ofrece multiplicidad de opciones por cuanto depende de la gran variedad de negocios que operan bajo este sistema, así como de los diferentes intereses de las partes contratantes. "A pesar de que las cláusulas en ellos son variables, son la base legal de la relación entre el

⁴⁶ DIAZ Bravo, Arturo, "Contratos Mercantiles", 6ª Ed., Edit. Harla, México, p. 192.

franquiciador y el franquiciado, por lo que debe cubrir todos los aspectos del negocio, así como las obligaciones, derechos y limitaciones de las partes.⁴⁷

Principales cláusulas que debe contener un contrato de franquicia:

- El contrato debe comenzar por explicar qué clase de documento es, su objetivo y las consideraciones especiales que motivan la suscripción del contrato.
- Definición de los términos que identifican a las partes, como son la empresa franquiciadora, o franquiciador, propietaria del negocio, y la empresa franquiciada, o franquiciado, la cual desea reproducirlo.
- Exclusión de relación laboral entre las partes, y renuncia a indemnizaciones por este concepto. Es muy importante hacer énfasis en la independencia entre ellas, lo cual caracteriza el contrato y permite que se desarrolle de manera diferente a otras formas contractuales.
- Descripción del negocio. Se establece la propiedad de los nombres, marcas, procesos y demás detalles pertenecientes al mismo. En el caso de que el contrato sea concedido por el poseedor de una franquicia maestra, se deben incluir los datos y fechas que identifican el contrato de franquicia maestra. Adicionalmente, se deben relacionar los signos distintivos que se licencian.
- Territorio. En esta sección se debe especificar la zona geográfica que debe atender la franquicia de manera exclusiva. Se debe evaluar con detenimiento la densidad poblacional, el nivel socioeconómico de sus habitantes y las barreras de entrada para competidores en la zona. Adjuntamente, se debe tener en cuenta si el franquiciado puede o no utilizar, en la misma zona, otros canales de distribución para sus productos. Es importante delimitar la zona de influencia para la prestación del servicio a domicilio.

⁴⁷ OLVERA de Luna, Omar, Op. Cit., p. 101.

- Capacitación al franquiciado y sus empleados. Se describe en este punto el programa de capacitación, lugar, responsables de los costos del mismo, si es obligatoria la asistencia del franquiciado, y que pasa si este no asiste, a cuantas personas es dirigido el curso y exámenes para la evaluación del desempeño del franquiciado, entre otros.
- Manual de operaciones. Es obligación del franquiciador entregar un manual que guíe las operaciones del franquiciado, En esta cláusula se da la descripción y el objetivo del manual, se establecen las pautas para la reforma del mismo, el cual se entiende como un documento vivo, susceptible de ser cambiado por el franquiciador.
- Asistencia técnica. Se define aquí la descripción de la asesoría inicial y continua que prestará el franquiciador al franquiciado, así como la obligación específica del primero respecto a la asesoría y el entrenamiento, quién define la necesidad de la asesoría y los parámetros bajo los cuales se determina ésta, cuál es el proceso y el costo de la asesoría adicional.
- Inventario y suministro. Lista de los proveedores de los insumos requeridos, cuál es la obligación específica del franquiciador en cuanto a los proveedores, cuál es el proceso de compra, adquisición o uso de equipos de otro proveedor.
- Inspección. El franquiciador tiene la obligación de ejercer vigilancia continua a cada uno de los franquiciados, con el fin de proveer asistencia y proteger la inversión de los demás franquiciados y la integridad del sistema. Se debe establecer cómo y quiénes serán las personas encargadas de realizar las inspecciones, la periodicidad de las mismas y el proceso que se desarrolla en cada una de ellas.
- Actualización en productos y procedimientos. Se debe aclarar el compromiso del franquiciador frente al mejoramiento permanente del negocio a través del desarrollo de nuevos productos y procedimientos. Por otro lado, se establece la obligación del franquiciado de incluir los nuevos productos, elementos, estrategias de mercadeo o cualquier otro cambio que

el franquiciador u otros franquiciados hayan desarrollado, así como el plazo para la implementación de los mismos.

- Secretos industriales licenciados y confidencialidad de los mismos. Obliga al franquiciado a guardar los conocimientos y principios adquiridos del franquiciador. Por el incumplimiento de esta obligación, el franquiciado puede ser condenado a indemnizar de acuerdo a la responsabilidad contractual.
- Cláusulas de no-competencia. Se le impide al franquiciado que se dedique a negocios que compitan directamente con la franquicia durante el término de ésta, y después de un período luego de retirarse del sistema. La cláusula debe tener una duración precisa en el tiempo, ser limitada en el espacio y reducirse a un sector o actividad específico.
- Cláusulas relacionadas con el respeto a la identidad y reputación de la cadena. El franquiciado debe respetar los métodos comerciales y utilizar los conocimientos transmitidos por el franquiciador. Por ejemplo, se puede incluir una cláusula que especifique la obligación por parte del franquiciado de mantener una imagen uniforme a través de la presentación de los empleados.
- Controles de calidad y visitas de inspección. Se establece la obligación del franquiciador para vigilar el desempeño del franquiciado, con el fin de proteger el buen funcionamiento del sistema.
- Derechos de entrada, regalías y demás retribuciones a cargo del franquiciado.
- Informes financieros y de gestión que deberán rendirse, y la regularidad de los mismos. Obligación del franquiciado a llevar cierto tipo de libros contables, por un período determinado de tiempo, presentación de informes y reportes al franquiciador.
- Estrategias y campañas publicitarias. Pautas, derechos y obligaciones relacionadas con la creación, operación y terminación del fondo de publicidad.

- Vigencia y renovación del contrato. La vigencia inicial del contrato debe guardar relación con la cantidad de la inversión en la licencia, el precio de montaje del negocio y, por lo tanto, con el período de recobro de dichos costos. Para la renovación del contrato se debe tener en cuenta si se contempla la renovación automática, previo cumplimiento de ciertos requisitos por parte del franquiciado. El costo de renovación del contrato debe ser menor al costo inicial, debido a que el franquiciador no incurre en gastos de vinculación de un nuevo franquiciado, ni de su capacitación. En caso de que el franquiciador no desee renovar el contrato, se debe incluir una cláusula en la cual se defina un período de preaviso. Si ésta no existe, en todo caso es necesario que se avise al franquiciado con una anticipación adecuada, de lo contrario se pueden presentar litigios.
- Causales de la terminación del contrato y obligaciones que surgen con ocasión de la misma. En el contrato se define el comportamiento del franquiciado; en caso de incumplimiento por parte de éste, perderá el derecho a la franquicia. Se debe establecer el procedimiento para aplicar las sanciones, sea que incurra en la terminación automática del contrato o en la oportunidad de rectificar las faltas.
- Cesión del interés. Establecer los derechos y limitaciones que tiene el franquiciador de ceder el contrato a terceros, es decir, su libertad de vender la empresa franquiciadora.
- Establecer las obligaciones y limitaciones frente a la cesión del contrato por parte del franquiciado. Dado que el franquiciador debe reservarse en todo momento la facultad de elegir a sus franquiciados, éstos no pueden ceder los derechos y obligaciones derivados del contrato de franquicias sin su debida autorización. Se deben aclarar el manejo y procedimientos en caso de cambios en la propiedad de la empresa franquiciada, el proceso de aprobación de la cesión, cuál es la participación del franquiciador en las utilidades de la cesión del interés y las obligaciones que adquiere el cesionario. Se debe establecer si el franquiciador tiene el derecho de preferencia en primer lugar para la adquisición del contrato de franquicia,

cuál es el término de la vigencia de este derecho y bajo qué condiciones puede ejercerlo.

- En caso de fallecimiento del franquiciado, se deben establecer las condiciones, derechos, obligaciones y limitaciones originadas de este hecho.
- Se debe estipular algunas obligaciones del franquiciado luego de terminado el contrato, como: pago de deudas, obligaciones adquiridas con el franquiciador, procedimientos relacionados con el uso de signos distintivos, transferencia de líneas telefónicas, del servicio a domicilio, de manejo de inventarios, de documentación del negocio, entre otros.
- Se debe esclarecer la limitación del franquiciado para hacer referencia en su establecimiento de comercio a la marca objeto del contrato de franquicia.
- Si el contrato se interrumpe bruscamente por cualquiera de las partes sin ningún aviso, hay lugar a reclamar una indemnización por parte del contratante lesionado, en casos como: la no-renovación del contrato en el último momento, cuando se había expresado la intención de continuar con el mismo, y la modificación de algunas cláusulas importantes dentro del contrato. También ocurre cuando se le da una interpretación dudosa a las cláusulas del contrato, o cuando no se promueven los productos debidamente por parte del franquiciador. Lo anterior puede mostrar la intención del franquiciador de cambiar al franquiciado por otro y provocar una ruptura del contrato por causas ficticias.
- Reformas al contrato. Bajo qué circunstancias y de qué manera pueden realizarse las modificaciones al contrato de franquicia.⁴⁸

2.3.3. Elementos del contrato de franquicia

A) PERSONALES

⁴⁸ ARCE Garcukkim, Javier, Op. Cit., p. 102-120.

El franquiciante y franquiciatario, también llamados concedente y concesionario, o franquiciador y franquiciante, son comerciantes, ya que se encuentran constituidos bajo alguna forma de sociedad mercantil, siendo personas físicas que se dedican habitualmente a actos previstos como actos de comercio. Cuando las partes actúan a través de representante, lo cual es necesario para las partes morales, las facultades que adquiere el representante son administrativas.⁴⁹

B) REALES:

La tecnología es propia para la explotación de una empresa o para la distribución de su mercancía, y constituye un elemento real predominante para el contrato de franquicia. La tecnología se refiere a la explotación de determinada empresa o negocio mercantil. "Desde un punto de vista económico, la empresa es una organización de capital o de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado".⁵⁰

La marca. Son aquellos signos utilizados por los industriales o productores de servicio, a través de las mercancías o aquellos medios capaces de presentarlos gráficamente para distinguirlos, expresando su procedencia y calidad, clasificándose la marca, en marca de artículos o productos y marca de servicio. El contrato de franquicia debe cumplir con la marca de los productos y servicios que son materia de autorización.

La patente es aquel privilegio que otorga el estado para que sea explotada una invención nueva, que sea susceptible de aplicación industrial.

El nombre comercial es aquel con el que se encuentra registrado un establecimiento o negociación mercantil, mas no es el nombre del comerciante.

⁴⁹ GONZÁLEZ Calvillo, Enrique, Op. Cit., p. 119.

⁵⁰ *Idem.*

Aviso comercial. Es el derecho de exclusividad que se tiene para usar determinada o determinadas frases para anunciar al público un establecimiento o determinado negocio industrial, comercial o determinados productos, impidiendo que alguna otra persona haga uso del mismo.

La exclusividad es un aspecto negativo, ya que representa una limitación a la libertad contractual, al imponerle al concedente la obligación de no celebrar determinados contratos con personas distintas al concesionario, y este, a su vez, de concluirlo con otra persona que no sea el concedente.

Contraprestación. Es aquella que el concesionario debe pagar si el contrato es oneroso, pudiendo realizarse ésta en dinero o en especie. Si es dinero puede ser moneda nacional o extranjera, con la condición de que si el pago se pacta con moneda extranjera, se recomienda fijar en el contrato el tipo de cambio al que habrá de efectuarse dicho pago, o algunas veces también debe registrarse la forma de pago. Pero si el pago es en especie, debe determinarse dentro del contrato como se va a valorar el bien o bienes materia de la contraprestación, pudiendo ser la especie productos fabricados o manufacturados que sean materia de la franquicia.⁵¹

“El pago de las contraprestaciones puede ser:

- a) En un solo pago: debiéndose realizar éste en el momento de la celebración del contrato o en un determinado plazo, el cual queda establecido en el contrato. Así, obtienen el derecho a la explotación de la negociación mercantil objeto de la misma.
- b) Pago de regalías: siendo aquellos pagos periódicos que se realizan con los resultados de explotación del bien franquiciado, debiendo ser claramente

⁵¹ *Idem.*

descritas las bases para éstas; el momento es fijado libremente por las partes, ya que el porcentaje puede variar durante la vigencia del contrato.

- c) En general, ya que la contratación es una combinación de un pago inicial y de regalías, pudiendo ser éstas en dinero o especie, se encuentran relacionadas directa o indirectamente con los resultados de la negociación, materia de la franquicia".⁵²

C) FORMALES:

La forma, hace referencia a un medio concreto y determinado que la ley o la voluntad de los particulares imponen para exteriorizar la voluntad contractual. Podemos decir que el contrato de transferencia por tecnología es un contrato formal, y que la franquicia es resultado de una de sus especies, por lo tanto también es formal.⁵³

De lo anterior, podemos ver claramente que resultan dos elementos subjetivos y tres objetivos. Los primeros serán "un franquiciante y un franquiciatario, que pueden tratarse de una persona física o moral, y encontraremos sus elementos objetivos ajustándose a diferentes circunstancias. Encontraremos, ante todo, y forzosamente, la licencia para uso de una o más marcas comerciales, industriales o de servicios, y frecuentemente del nombre comercial. Adviértase que no opera la transmisión plana de la marca o del nombre comercial, luego el franquiciante conserva su titularidad. También hallaremos, de modo imprescindible, la transmisión de conocimientos técnicos y la prestación de la asistencia con relacionada los mismos, que pueden referirse a una patente, registro, secretos de fabricación, etcétera. Por último, encontraremos una contraprestación a cargo del franquiciatario y a favor del franquiciante, de ordinario con arreglo a la utilidad que obtenga el primero, una regalía o *royalty*."⁵⁴

⁵² *Idem*, p. 121-132.

⁵³ *Idem*, pp. 133-136.

⁵⁴ DIAZ Bravo, Op. Cit., p. 191.

Indeterminadamente, podemos ver que los elementos que hacen a la esencia del contrato de franquicia comercial, en que coinciden los autores, siempre presentes tanto en el ámbito nacional como internacional, son los siguientes:

- Licencia de marca: Hace a la esencia del contrato de franquicia comercial que el franquiciante sea titular de una marca sobre un producto o servicio, ya que la clientela es atraída por el renombre y prestigio de la misma; y por supuesto, que el franquiciado, además de utilizar su marca, utilice también sus signos y símbolos distintivos, juntamente con una serie de normas en relación a la forma de actuar del franquiciado, en cuanto a la actividad y administración a desarrollar.
- Transferencia de un *know-how*: El franquiciante tiene la obligación de poner en práctica al franquiciado con respecto a la conducción, estructura y organización del negocio; y desde luego, éste debe seguir las instrucciones al pie de la letra, logrando una uniformidad en el producto y en la presentación del mismo. Esto puede incluir desde la decoración del local, el listado de proveedores y entidades financieras.
- Regalías o canon: Se debe establecer alguna forma de retribución del franquiciado al franquiciante, ya que estamos frente a un contrato oneroso, en contraprestación a los servicios, asistencia, marca, etc., durante la vigencia del contrato.
- Territorio: Se trata de la delimitación de un ámbito territorial a favor del franquiciado, en donde desarrollara el contrato. Él mismo puede ser elemento esencial para el éxito de la operación comercial.
- Asistencia del franquiciante al franquiciado: la misma puede estar condensada en un manual operativo, dependiendo el grado de los términos del acuerdo, pudiendo crearse un centro de asistencia y servicio mínimo para los franquiciados que componen la cadena, donde se brinda información de mercado, técnica o simplemente de compras.
- La no competencia y/o las posibilidades de subfranquiciar: Impidiendo, por un lado, de forma expresa la posibilidad de que el franquiciante realice

negocios competitivos y, por otro lado, prohibiendo o no la posibilidad de subcontratar.

- **Confidencialidad:** Consiste en la obligación de secreto, ya que el franquiciado tiene acceso a información confidencial del franquiciante, prolongándose aun por un plazo prudencial posterior a la conclusión del contrato.
- **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 nuestro derecho, y en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden rescindir sin causa y en cualquier tiempo. Lo aconsejable, en definitiva, es un término de entre dos a cinco años, con opción a renovarlo por iguales plazos inclusive en forma automática.⁵⁵

2.3.4. Figuras afines con el contrato de franquicia

Podemos mencionar dos figuras afines con dicho contrato, las cuales definiremos de la siguiente manera:

- **Concesión administrativa.** Es un contrato a través del cual la administración pública federal otorga a una persona una condición o poder jurídico, para que pueda ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos de un servicio público, bienes del estado o ciertos privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial.
- **Contrato de distribución.** En este tipo de contrato, el distribuidor se obliga a adquirir, comercializar y revender a nombre, o por cuenta propia, los productos del fabricante en las condiciones de reventa que éste señale,

⁵⁵ OLVERA de Luna, Omar, "Contratos Mercantiles", Op. Cit., pp. 99-116.

pudiendo él poner ciertas condiciones acerca de la organización del negocio.⁵⁶

Desde mi punto de vista, la figura de la franquicia se distingue de la concesión, ya que ésta es otorgada contractualmente por un particular o por otro particular, siendo básicamente para la explotación de una empresa o negocio que involucra el uso de marca(s) y transferencia de tecnología, otorgando la concesión del estado para explotar un servicio público o bienes del propio estado, pudiendo dar por terminado el mismo unilateralmente. Por otra parte, en la segunda figura que se menciona, siendo el contrato de distribución, el distribuidor adquiere ciertos productos, por lo que se convierte en un contrato traslativo de dominio típicamente comercial, ya que éste no está transformando, produciendo o modificando el producto que adquiere, sino sólo lo revende, y en la franquicia el derecho de revender un producto o explotar un negocio supone la prestación de un servicio y la venta de producto que el franquiciatario elabora o produce, que posteriormente vende con el debido control de calidad que le especifica en determinado momento el licenciante, y que mediante la utilización de tecnología y uso de marca puede realizar.⁵⁷

Su plasmación jurisprudencial surge de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –de 28 enero, 1986–, caso «Pronupcia»; según la cual, los datos que definen su naturaleza jurídica, y su diferencia con los contratos de suministro o de distribución de mercancías, son los siguientes:

- a) Que el franquiciador debe transmitir su «*know-how*», o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales.
- b) Que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador.⁵⁸

⁵⁶ RAAB Steven, S., Op. Cit., p. 96.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ DI CONSTANZO, Juan, Op. Cit., p. 84.

2.3.5. Efectos del contrato de franquicia

Una vez firmado el contrato, entre las principales obligaciones que encontraremos será el derecho del franquiciatario a recibir ciertas retribuciones. "El franquiciatario tiene la facultad de exigir a su contratante el pago de un estipendio, que se mira como equivalente al derecho de éste a formar parte de la red y a usar la marca y los signos distintivos de su propiedad. El monto se calcula, normalmente, en relación con el renombre o prestigio que tenga dicha marca o signos en el mercado, y a las dimensiones de la firma modelo. Se paga por una sola vez y al momento de suscribirse el contrato, salvo estipulación en contrario."⁵⁹ Juntamente con el derecho de entrada, el franquiciatario puede exigir al franquiciante el pago de determinadas sumas periódicas, representando éstas una remuneración por los servicios y ayuda que regularmente le presta. "Además, el derecho del franquiciatario permite establecer las directivas de control, a las cuales debe ajustarse el franquiciatario en su explotación:

I.- Organización Administrativa: el franquiciante deberá organizar su establecimiento en base al modelo establecido por el franquiciador.

II.- Organización Financiera: el franquiciador tiene la facultad de poder fijar el importe total con el que debe contar el franquiciante para que pueda financiar la instalación y explotación del bien dado en franquicia.

III.- Organización Comercial: en esta organización es en la que la presencia del franquiciador se hace más palpable en la empresa del franquiciante."⁶⁰

La obligación del franquiciatario permite al franquiciante el uso de la marca o signo distintivo. Esto es lo que el franquiciante puede explotar íntegramente, el prestigio

⁵⁹ ALBA Aldabe, María Cristina, "Las Franquicias en México", UNAM, México, 2001, p. 73.

⁶⁰ ARCE Garcukkim, Javier, Op. Cit., p. 139.

de la red, para lo cual es necesario que utilice los signos que pertenecen al franquiciador, los que ya tienen un prestigio y una fama conquistados.⁶¹

2.3.6. Las partes en el contrato de franquicia

El franquiciador

El FRANQUICIADOR podrá ser una persona física o jurídica que, entre otras, reúna estas características:

Haya preparado y experimentado, durante un tiempo representativo y con buenos resultados, una fórmula comercial diferenciada de la competencia, desarrollada en establecimientos pilotos, propios o no;

Que sea poseedor de la propiedad de la marca con la que va a comercializar el producto o servicio; y,

Que disponga de la capacidad para formar a sus futuros franquiciados, dándoles todo el soporte técnico, empresarial y logístico que sea necesario.⁶²

Entre sus obligaciones se encuentran:

1. Ser propietario o tener los derechos legales de uso del nombre comercial, marca y otros elementos distintivos de identificación, así como la obligación de permitir al franquiciado el uso de tales derechos de propiedad industrial o intelectual.
2. 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 éxito del centro piloto es el que sirve de prueba, y da todo su valor a la marca creada por el franquiciador; se

⁶¹ ALBA Aldabe, María Cristina, Op. Cit., p. 82.

⁶² GONZÁLEZ Calvillo, Enrique, Op. Cit., p. 123.

convierte en sello de garantía para cada franquiciado (fuente: Guía de la Franquicia, 1988; pág. 124).

3. Poner a disposición del franquiciado los productos objeto de la franquicia.
4. Otorgar formación y asistencia técnica continuada (durante toda la vigencia del contrato) al franquiciado. Aquí podemos distinguir entre:
 - a. *Formación y asistencia previa*: ofrecida antes del lanzamiento de una franquicia, que puede concretarse mediante la entrega de manuales operativos o de funcionamiento (guía de la franquicia). En el apartado tercero se desarrolla este punto como "información necesaria".
 - b. *Asistencia y formación previa y permanente*: se realiza a través de seminarios o cursos que permiten una circulación de información, y que desarrolla entre los franquiciados un sentimiento de pertenencia a la red, estimulando el buen funcionamiento del sistema.
5. Controlar la calidad de los productos ofrecidos.
6. Respetar las cláusulas de exclusividad establecidas.⁶³

El franquiciado

El FRANQUICIADO es "toda aquella persona física o jurídica que, mediante ciertas condiciones, obtiene el derecho a comercializar y explotar productos o servicios, bajo técnicas uniformes y experimentadas, con una rentabilidad probada y con una marca registrada."⁶⁴

Entre sus obligaciones podemos destacar:

1. Pagar el total de la inversión necesaria para instalar y decorar su establecimiento según proyecto detallado del franquiciador.

⁶³ RAAB Steven, S., Op. Cit., p. 112.

⁶⁴ GONZÁLEZ Calvillo, Enrique, Op. Cit., p. 126.

2. Abono al franquiciador de los cánones de entrada y pagos periódicos establecidos a cambio de los servicios permanentes que recibe de él.
3. Disponer del *stock* suficiente en calidad y variedad según los mínimos que establece el franquiciador.
4. Aplicación del precio de venta aconsejado por el franquiciador.
5. Respeto de todos los aspectos relacionados con la imagen corporativa de la franquicia.
6. Aceptar los controles periódicos del franquiciador, e informar continuamente de la evolución de su negocio, aceptando las posibles modificaciones que el franquiciador pudiese imponer para la obtención de resultados positivos.
7. Respetar las exclusividades territoriales y de marca.
8. Compromiso de asistencia a los cursos de formación que realice el franquiciador.
9. Usar los métodos de trabajo, directrices comerciales y de gestión general que el franquiciado trasmite a través de los manuales.
10. Respetar las características del sistema comercial y de gestión que definen la franquicia en cuestión.⁶⁵
11. Tiene la obligación del pago de un canon y de los *royalties*.
12. Vender exclusivamente los productos que cumplan los requisitos ofrecidos por el franquiciador, y si fuera imposible, al establecer estos requisitos tendrá que vender exclusivamente los productos fabricados por el franquiciador o por terceros que éste designe.
13. No desempeñar ni directa ni indirectamente un comercio similar en un territorio en el que se pueda competir con alguno de los miembros de la red franquiciada.
14. Proteger el *know-how* del franquiciador, y no utilizarlo para algo distinto a la explotación de la franquicia, al igual que no divulgarlo a terceros.
15. Informar al franquiciador de cualquier infracción de los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 126-131.

16. Asistir a los cursos de formación del franquiciador y hacer asistir a sus empleados.
17. Lograr una facturación mínima.
18. Planificar de antemano sus pedidos y mantener unas existencias mínimas.
19. Abonar una cantidad determinada para las campañas publicitarias emprendidas por el franquiciador.
20. Cumplir las normas relativas a instalaciones y aspecto del local.
21. No cambiar la localización de las instalaciones sin consentimiento del franquiciador.
22. Respetar una de las cláusulas que se establece en el contrato, referida a la imposibilidad de cesión del negocio, así como los derechos y deberes que se derivan del mismo sin previo consentimiento de la empresa franquiciadora.⁶⁶

Situación jurídica de las partes.

Se trata de personas jurídicas diversas, con plena autonomía financiera, a pesar o precisamente por su vinculación contractual, si bien no puede sostenerse que actúen con plena independencia, en razón de que el franquiciatario ve suspendida su actuación a la técnica impuesta por el franquiciante. De manera que este último, como lo afirman Peters y Schneider, ocupa una posición dominante de modo principal en cuanto a la gestión, contabilidad, publicidad y control de todos ellos, necesarios para la eficacia en la operación.⁶⁷

⁶⁶ RAAB Steven, S., Op. Cit., pp. 115-120.

⁶⁷ ARCE Garcukkim, Javier, Op. Cit., p. 151.

2.3.7. Terminación del contrato

Causas por la que puede terminar el contrato de franquicia

Las causas generales para la terminación de un contrato pueden pactarse por las partes en el momento de celebrar el contrato de franquicia, pudiendo ser algunas de ellas las siguientes:

- A) Agotamiento natural del contrato, vencimiento del término pactado, muerte o incapacidad del alguno de los contratantes, mutuo consentimiento, quiebra por parte de uno de los contratantes o rescisión por incumplimiento.
- B) Pre-aviso de alguna de las partes, soliendo pactarse en el contrato con un plazo mínimo, y alguna formalidad para hacerlo saber a la contraparte.
- C) Terminación anticipada por incumplimiento de alguna de las partes o rescisión, pudiéndose pactar en esta causal cuáles son las violaciones graves al contrato que dan lugar a la terminación anticipada por alguna de las partes.
- D) Quiebra del franquiciador o franquiciante. A esta causa suelen agregarse otras que afectan a la operación normal del franquiciatario, como puede ser la huelga cuando se prolonga por determinados días, el embargo de toda negociación o de ciertos activos importantes, con posibilidades de intervención en la administración por parte de la autoridad judicial, la expropiación o la suspensión de pagos.
- E) Llegada del término del contrato. En la que no se requiere de aviso, ya que con la llegada del plazo se da por terminado el contrato, salvo que las partes que intervienen en él decidan continuar el contrato por período anual, por cinco años o por un periodo igual al inicial.
- F) Muerte del franquiciador. Que sólo se produce cuando el franquiciante es una persona física, pudiendo establecer que dicho contrato continúe vigente con los herederos o que termine un plazo razonable, en el cual el concedente tiene derecho a recobrar la franquicia.⁶⁸

⁶⁸ ALBA Aldabe, María Cristina, Op. Cit., p. 107.

Entre otras causas para la terminación del contrato también podemos puntualizar la duración del contrato ya que este puede encontrarse de dos maneras:

- Contratos a término fijo: Es cuando se estipula la fecha de terminación del contrato. En estos, podrá pactarse la renovación del contrato o la terminación definitiva. En este caso, el franquiciante deberá avisar con anticipación al franquiciado (preaviso).
- Contratos a término indefinido: Puede terminarse el contrato en cualquier momento por las partes.⁶⁹

Consecuencias de la ruptura:

- Los *stocks*: Sólo se presenta en los contratos de distribución. Por lo general, el franquiciado puede vender las mercancías que queden en su poder en un período razonable de tiempo. En algunos contratos se agrega una cláusula en la cual el franquiciante recompra al franquiciado los *stocks*.
- La marca: El franquiciado no puede utilizar la marca del franquiciante luego de la ruptura del contrato.
- La enseña: El franquiciado deberá devolver la enseña al franquiciante o utilizarla para terminar de vender su *stock*, pero al terminar la venta, no podrá utilizarla más.
- La propiedad de la clientela: En este tema, hay autores que afirman que la clientela es del franquiciado, porque es él quien la adquiere y la mantiene satisfecha con su trabajo. Por otro lado, están quienes dicen que la clientela pertenece al franquiciante, ya que es este último el dueño de la marca.
- La ruptura del contrato y la indemnización: Si el contrato se termina unilateralmente y sin justa causa, la parte perjudicada puede reclamar

⁶⁹ RAAB Steven, S., Op. Cit., p. 130.

indemnización. Cuando se haya cometido falta por parte del franquiciado, la otra parte podrá terminar el contrato y pedir indemnización.⁷⁰

Pactos que debe contener el contrato de franquicia cuando termina anticipadamente o por la llegada del plazo:

1.- Esta obligado el Concesionario a no usar ya la marca, debiéndola quitar de todos los establecimientos, equipos o instalaciones en las que se encuentren: el nombre comercial, aviso comercial y explotación de patente.

2.- No seguir explotando el negocio materia de la franquicia, ni realizar negocios similares o semejantes que puedan hacer creer al consumidor que todavía se tiene autorización para explotar dicho negocio. Se debe realizar la devolución del equipo, mediante un inventario que se realiza sobre las mercancías y alguna información sobre procedimientos de fabricación, venta o prestación de los servicios de la franquicia.

3.- Se realiza el traspaso de las órdenes o pedidos pendientes que se tenga, así como la clientela.

4.- Con respecto al concesionario, los efectos de la terminación o no-renovación pueden incluir una indemnización.

5.- Se piensa que cuando el contrato de franquicia concluye por la llegada del plazo inicial pactado, o de sus prorrogas, el concesionario no tiene derecho a indemnización. Pero si la terminación es antes de que concluya el plazo originalmente pactado, habrá que determinar si hay causa para la terminación por parte del concesionario. En caso de que no haya incumplimiento del concesionario, el concedente que da por terminado el contrato antes del plazo, y deberá dar una indemnización a su contraparte.⁷¹

⁷⁰ *Ibidem*, p.137.

⁷¹ GONZÁLEZ Calvillo, Enrique, Op. Cit., p. 139.

2.4. Franquicia y mercado

2.4.1. Concepto económico de la franquicia

“Es un sistema de comercio en el que a un pequeño empresario se le concede el derecho de poder comercializar bienes de otro, a cambio de una contraprestación y ciertas condiciones establecidas por el franquiciante.”⁷²

2.4.2. Los franquiciadores como fuente de financiación

Hoy en día, en el mercado existen fuentes alternativas de financiamiento disponibles para un nuevo negocio. Estas fuentes incluyen franquiciadores, que se pueden usar únicamente para iniciar el negocio. Además, muchos franquiciadores, como el propio McDonald's, han buscado desesperadamente en los mercados internacionales la expansión que ya no pueden lograr en su propio país, debido al nocivo efecto que ha tenido la recesión estadounidense en los últimos años en el desarrollo de las franquicias. Las crecientes ventas originadas por los franquiciadores extranjeros están representando, para muchas de estas empresas, un verdadero respiro, al tiempo que puede ayudar a los franquiciados a involucrarse en el negocio por menos dinero que si empezara un negocio similar por su cuenta. Algunas veces, el franquiciador le permitirá hacer un pequeño pago de contado, como cuota inicial, y entonces le prestará el resto del dinero necesario para iniciar el negocio.⁷³

2.4.3. Elementos para diagnosticar la franquiciabilidad de un negocio

Es muy importante establecer los criterios mínimos que deben de tomar en cuenta los franquiciadores para determinar si un negocio es franquiciable. Dichos criterios nos ayudarán a adentrarnos al mercado de franquicias, con la

⁷² FEHER Gallástegui, Juan Manuel, "Las Franquicias, un Efecto de la Globalización 100 preguntas, 100 Respuestas", McGraw Hill, México, 2001, p. 37.

⁷³ LAMBIN, Jean-Jaques, "Marketing Estratégico", 3ª Ed., McGraw-Hill, México, 1995, p.69.

seguridad de seguir adelante, a pesar de los retos y dificultades que pudieran existir en dichos mercados. Son criterios mínimos y elementales que determinan la franquiciabilidad exitosa de un concepto. No podemos concebir que un concepto sea susceptible de franquicia, si el nombre con las marcas que lo distinguen no están debidamente protegidos por una parte o cualquier otro medio legal previsto en la legislación, además de la importancia que reviste el que la marca del franquiciante tenga reconocimientos del público dentro del mercado. Tampoco han sido exitosos los conceptos de franquicias que permitan a sus franquiciatarios márgenes operativos que no puedan compararse con los estándares de la industria. Han sido, y seguirán siendo, franquiciables solamente aquellos negocios cuyo producto o servicio satisfaga una necesidad real del mercado en el que pretendan desarrollarse. Es decir, que éstos aporten un valor agregado al mercado, y que sea apreciado por el consumidor de ese mercado. Este punto no debería ser el número cuatro, sino el uno, debido que no puede haber posibilidades de éxito cuando una empresa decide lanzar una franquicia sin la experiencia y la antigüedad debidas. En las franquicias, muy a diferencia de la licencia de marcas y de los contratos de distribución, el franquiciante debe vivir por y para el franquiciatario. La teoría indica que todo debe girar en torno al franquiciatario: la asesoría, el apoyo logístico y operativo, los insumos, los proveedores, etc.⁷⁴

Las características que debe buscar un franquiciante en un franquiciatario

Con respecto a la experiencia de los franquiciatarios maestros en los últimos años, casi siempre que ha habido éxito. Se ha podido percibir que el franquiciatario maestro reúne la mayoría, si no todas, las características elementales que debe buscar un franquiciante para el desarrollo de su concepto en un país extranjero: conocimiento del mercado local, conocimiento del segmento de mercado que interesa a la franquicia, actitud flexible, recursos

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 72-81.

económicos necesarios, recursos administrativos necesarios, capacidad de comunicarse adecuadamente con su franquiciante, experiencia de negocios en el país del franquiciante, conocimientos del mercado inmobiliario de su país, habilidad para ayudar en la selección de los posibles proveedores del sistema, buenas relaciones y experiencia en el trato con los con los funcionarios de gobierno del país al que ingresa la franquicia.⁷⁵

Cuando el franquiciante multinacional, esto es, el que intenta penetrar en un mercado extranjero, omite seleccionar a su franquiciatario extranjero, a la luz de los criterios comentados, y se guía únicamente por el factor económico (situación que desafortunadamente es generalizada), las posibilidades de fracaso son importantes.

Como conclusión, para aquellos empresarios que estén considerando franquiciar su negocio, tendrán que considerar que las franquicias son una solución de mercado a un problema de mercado. Por lo tanto, a todas luces, es inadecuado utilizar a las franquicias como una solución a problemas que son meramente de índole financiero.⁷⁶

2.4.4. Minoristas independientes y la franquicia

Casi todas las organizaciones de venta al por menor pueden clasificarse como independientes, como un cadena corporativa o como una franquicia. El independiente es el tipo más común de propiedad; sin embargo, representa sólo una cuarta parte de las ventas. Una firma minorista independiente es una distribución minorista poseída y operada independientemente y sin afiliación. Muchos minoristas independientes desean algunas de las ventajas de que disfruta una cadena. Por ejemplo, asistencia en el desarrollo de publicidad efectiva y planes de promoción de ventas, al igual que ayuda en el diseño de sistemas de contabilidad y de sistemas de registro y control. Pero para obtener

⁷⁵SANTESMASES Mestre, Miguel, Op. Cit., p. 74.

⁷⁶*Ibidem.*

estas ventajas, los minoristas independientes tendrán que entregar algo de su independencia.⁷⁷

2.4.5. Las estrategias de cobertura de mercado

Si el canal de distribución elegido es un canal indirecto, se presenta el problema del número de intermediarios a reclutar para obtener la tasa de cobertura del mercado necesaria para la realización de los objetivos de penetración. Varias estrategias de cobertura del mercado puedan ser consideradas. Hollywood ofrece goma de mascar en todos los sitios que puede, en todas las tiendas de alimentación, en los estancos, en las papelerías, en los distribuidores automáticos y en el comercio ambulante. La firma Pierre Cardin distribuye sus productos de confección en tiendas especializadas, cuidadosamente seleccionadas; se asegura de que está representada por los mejores. Volkswagen distribuye sus coches a través de concesionarios; a cada concesionario se le asigna una región donde ningún otro garaje estará autorizado para representar la marca. Hollywood practica una distribución intensiva, Cardin una distribución selectiva y Volkswagen una distribución exclusiva. La elección de la estrategia a adoptar para un producto dado, depende de las características del mismo y del objetivo perseguido por la empresa dentro del entorno competitivo en que se encuentre.⁷⁸

Un sistema de distribución exclusiva es la forma extrema de la distribución selectiva. En una región predefinida, "un solo distribuidor recibe el derecho exclusivo de vender la marca y se compromete generalmente a no vender marcas competitivas. En contrapartida, el distribuidor acepta no referenciar marcas competidoras en la misma categoría de productos. Una estrategia de cobertura exclusiva es útil cuando el fabricante quiere diferenciar su producto por una política de alta calidad, de prestigio o de calidad de servicio".⁷⁹ La

⁷⁷ LAMBIN, Jean-Jacques, Op. Cit., p. 81.

⁷⁸ SANTESMASES Mestre, Miguel, Op. Cit., p. 78.

⁷⁹ *Ibidem*.

estrecha cooperación entre fabricante y distribuidor facilita la puesta en marcha de este programa de calidad. Las ventajas e inconvenientes de este sistema son las de la distribución selectiva, pero ampliadas. Una forma particular de distribución exclusiva es la franquicia.

La franquicia es un sistema de *marketing* vertical contractual que organiza la distribución de bienes o servicios. Hay acuerdo de franquicia cuando, por contrato, una empresa, llamada franquiciadora, concede el derecho de explotar un comercio en territorio delimitado, según unas normas definidas y bajo una enseña o marca dada. La empresa que concede, ofrece generalmente a sus franquiciados una ayuda continua, permitiéndoles comerciar en las mejores condiciones posibles en sus territorios respectivos. Es, pues, a la vez que remunera el derecho de utilización de una marca de comercio y para beneficiarse de una aportación continua del saber hacer, por lo que el franquiciado se compromete contractualmente a entregar al franquiciador unos derechos iniciales –tanto alzado- y/o unos porcentajes sobre sus ventas. El franquiciado compra, de hecho, una fórmula de éxito de la cual el franquiciador, y quizá otros franquiciados han hecho la prueba en otros territorios.⁸⁰

2.4.6. Características de una buena franquicia

Una buena franquicia debe ser ante todo un éxito probado y transmisible, que puede ser reproducido por el franquiciado en su territorio.

Una buena fórmula tiene las características siguientes:

- Tiene relación con la comercialización de un producto o servicio de buena calidad.

⁸⁰ *Idem*, pp. 89.

- La demanda para el producto o servicio es universal o, al menos, no se limita únicamente a la región de origen del franquiciador. Deja al franquiciado ya establecido en un lugar un derecho de primer rechazo en el momento de implantación de una o varias franquicias en su territorio.
- Prevé una transferencia inmediata de saber hacer una formación efectiva del franquiciado en las técnicas de comercialización y en los métodos propios de la franquicia en cuestión.
- Hace sus pruebas con una empresa piloto.
- Establece las modalidades de una relación continua entre el franquiciador y el franquiciado, con objeto de mejorar las condiciones de explotación de la franquicia e intercambiar innovaciones, ideas sobre nuevos productos y servicios, etc.
- Describe explícitamente las aportaciones iniciales (enseña, formación, saber hacer) y las permanentes (soportes de *marketing*, publicidad, acciones promocionales, investigación y desarrollo, servicios diversos) del franquiciador.
- Expresa los pagos inmediatos (derechos iniciales) y continuos (canon) que el franquiciado debe efectuar. Implica al franquiciado en el proceso de definición de las orientaciones futuras de la franquicia y le hace participar en la vida de la franquicia.
- Prevé un procedimiento de renovación, renegociación y anulación del contrato de franquicia, así como una posibilidad de rescate para el franquiciador.

- La franquicia ofrece una opción interesante frente a las estructuras verticales convencionales o controladas. En efecto, en una red franquiciada, la inversión de cada tienda está hecha por el franquiciado, propietario de la tienda.⁸¹

Desde el punto de vista del franquiciador, la creación de una red de franquicias le permite disponer rápidamente y con poco costo de una red comercial internacional, sin invertir directamente en la propiedad de la red, pero controlándola por contrato. La franquicia es un sistema de distribución integrado, controlado por el franquiciador, pero financiado por los franquiciados. Una franquicia acertada es un buen socio en el que el éxito del franquiciador y el del franquiciado están indisolublemente unidos.⁸²

2.4.7. El mercado de franquicias

En los últimos años, el sistema de negocios por franquicias (*franchising*) alcanzó un explosivo desarrollo, gracias a la globalización de la vida económica de las naciones orientadas a una creciente apertura en este proceso de transformación del capitalismo. “Las renovadas estrategias de comercialización de productos y servicios pusieron en un primer plano la alternativa de sumar un mayor número de bocas de expendio con beneficios para el franquiciante y el franquiciado. De acuerdo a estimaciones del departamento de comercio estadounidense, a finales de este siglo, un 50 por ciento de las ventas minoristas se manejará dentro del sistema de franquicias. Este interesante campo no es exclusivo de los países desarrollados; las franquicias no tienen fronteras. Desde hace varios años, América Latina, como otros mercados emergentes, transita sus propias experiencias con un despliegue más generoso en el Brasil, siguiéndolo México, Chile, Colombia y Argentina”.⁸³

⁸¹ DI CONSTANZO, Juan, Op. Cit., p. 58.

⁸² SANTESMASES Mestre, Miguel, Op. Cit., p. 91.

⁸³ LAMBIN, Jean-Jacques, Op. Cit., p. 91.

No faltan locales por franquicias en recónditos puntos del planeta. En muchas ciudades, bajo diferentes climas y latitudes, es posible degustar la famosa Big Mac, rentar videos de la cadena Blockbuster, dormir en la cadena Holiday Inn, entre otros. El franquiciante ofrece una oportunidad, con muchos condicionamientos, pero es una oportunidad para quien decide asumir el reto. Hay un gran número de empresarios que contempla otorgar franquicias de su negocio, con la seguridad de que, al hacerlo, puede resolver sus necesidades de expansión. Para aquellos que alguna vez han soñado ser dueños de su propio negocio, la franquicia se ha constituido en una opción interesante y segura para lograr su propósito en un ambiente de negocios incierto.

Al franquiciante le cabe la tarea de fijar el nombre comercial, elegir los colores corporativos, diseñar su imagen pública, definir el producto, escribir los manuales de funcionamiento, concretar la transferencia de la tecnología involucrada a quien recibe la licencia, controlar la calidad, determinar la indumentaria de los empleados, establecer las pautas publicitarias, brindar asesoría permanente y dar entrenamiento a quien opera la licencia. La comunicación de la imagen global de la marca aparece como el condimento esencial para garantizar el éxito de los negocios. Esto, aunado a la estrategia empresarial y el *target*, conforma el trípode que sustenta esta actividad. Latinoamérica es un mercado muy buscado por las firmas de Estados Unidos, el país de origen del sistema de franquicias y el lugar donde el sector es más dinámico.⁸⁴

Pero una de las tendencias más recientes, muestra que las empresas en América Latina también intentan, por medio de franquicias, ganar mercados más allá de sus fronteras. Del mismo modo que el fenómeno de la internacionalización partió de Estados Unidos, los recientes análisis de este mercado sacan a la luz otros cambios en el rubro que, a medida que el desarrollo continúe, se reflejarían en

⁸⁴ SANTESMASES, Mestre Miguel, Op. Cit., p. 99.

Latinoamérica. No es raro que un sector tan ágil y versátil como las franquicias responda a los cambios económicos y sociales con rapidez.⁸⁵

La orientación creciente de la economía hacia la generación de servicios, la incorporación de más mujeres al mercado de trabajo o el envejecimiento progresivo de la población, son algunas de las tendencias que repercuten en el sector de las franquicias. Así, se espera que los negocios de mayor expansión entre los que trabajan por franquicias, sean aquellos relacionados con la prestación de servicios, como las reparaciones, la limpieza hogareña, el mantenimiento y reparación de autos, asistencia médica, educación y entrenamiento o telecomunicaciones. También tienen posibilidades de florecer los servicios a empresas, como contaduría, distribución de correspondencia, personal temporáneo e impresiones.

Aunque la situación de los países latinoamericanos difiere bastante entre sí, en algunos, como México, Argentina y Brasil, este tipo de franquicias ya existe. Como los penetrantes tambores de las tribus de otros tiempos, el *boom* de las franquicias se expande por todos los rincones. En los últimos cinco años, el sistema de franquicias en Chile experimentó un crecimiento promedio del 30%, una cifra que la posiciona bien en el proceso de expansión de este negocio en América Latina. Luego del auge experimentado, las franquicias han entrado últimamente en una recta estabilizada y de crecimiento constante. Los datos más frescos indican que hoy operan en ese país 65 compañías de franquicias, las cuales provienen de distintos países y facturan anualmente unos doscientos millones de dólares. El equivalente al 0,01% del producto bruto interno chileno. Esta actividad da empleo directo a más de veinte mil personas.⁸⁶

⁸⁵ FEHER Gallástegui, Juan Manuel, Op. Cit., p. 24.

⁸⁶ *Idem*, pp. 25-27.

2.4.8. Importancia actual de la franquicia

A través de la franquicia, es vendida una tercera parte de bienes y servicios que consume Estados Unidos. Por tal, para 1989 “existían 3,000 compañías concedentes, de las cuales 1,000 eran empresas significativas, 500,000 concesionarios, y el sistema de franquicia empleaba a 5.000,000 de personas. Por lo que, en 1988, las franquicias internacionales eran 354 compañías concedentes y 31,256 concesionarias”. A finales de la década de los ochenta, se dijo que los “pioneros” de las empresas que hacen negocio con Rusia, son compañías que operan con el sistema de franquicia, siendo los principales tipos de negocio implantados de refrescos, hamburguesas y restaurantes de pizzas. En marzo de 1989, una compañía Ruso-Canadiense estableció un negocio de imprenta y artes gráficas en Moscú, como concesionaria de una empresa americana, la cuál se encontraba establecida en Tucson Arizona, y que, por otra parte, ha iniciado negocios detrás de la cortina de hierro a través del sistema de franquicia.⁸⁷

Durante la década de los noventa, la franquicia tiene un importante crecimiento en México. En 1991 había alrededor de 80 franquicias registradas en el país, mientras que en 1996 ya había 400, de las cuales el 54% son mexicanas. Para 1998, México ya ocupaba el octavo lugar en el ámbito mundial en la operación de 450 franquicias con 16 mil negocios que generan más de 160 mil empleos directos. “Algunos analistas opinan que para el año 2010, el número rebasará los 40,000, de las que el 75% serán mexicanas”.⁸⁸ Causa principal de este crecimiento es que muchos empresarios no quieren arriesgar su dinero, sino invertirlo en algo seguro y redituable, que es lo que una franquicia ofrece al tener cierto reconocimiento en el mercado.

⁸⁷ *Idem*, p. 31.

⁸⁸ TOCATLI Ferenz, Free, Op. Cit., p. 41.

2.5. Globalización y franquicia

2.5.1. La empresa transnacional, globalización y franquicia

El rol preponderante de las corporaciones transnacionales en el campo de la reestructuración industrial, se visualiza especialmente en relación a las dos áreas principales, en las cuales se ha incrementado la competencia internacional, el comercio, la inversión directa y la creación de franquicias.

Para definir el fenómeno del incremento de la competencia internacional, parece pertinente referirse primero a la naturaleza de la evolución del capitalismo y a la descripción de los más importantes rasgos que caracterizan a la empresa industrial moderna.

El ejemplo más pleno de este capitalismo gerencial cooperativo es Japón. Este sistema le ha permitido colocarse en posiciones de control de importantes mercados globales en la mayor parte de las actividades industriales con más dinamismo. De entre las características más importantes de este modelo de capitalismo, destaca el compromiso estratégico de largo plazo para con la innovación y el continuo mejoramiento de los productos.

La empresa transnacional es aquella cuyo origen, dirección y propiedad corresponde a un país, y realiza actividades productivas a escala internacional.⁸⁹ No obstante, tomando en consideración la dinámica de la economía internacional en la actualidad, integran la economía mundial, de forma tal que ventas, servicios, relaciones públicas y asuntos legales son locales; pero partes, máquinas, planificación, investigación, finanzas, mercadotecnia, fijación de precios y administración se realizan teniendo en cuenta al mercado mundial.⁹⁰ Se habla también de empresas multinacionales, mas cabe señalar que la multinacionalidad de las empresas se adjudica de acuerdo a su estructura legal (es decir, entre cuántos países se reparten el control de la empresa), mientras que la

⁸⁹ Drucker F., Peter, "La Economía Global y el Estado-Nación", Este país. Tendencias y Opiniones, Núm. 81, México, diciembre 1997, p. 6.

⁹⁰ *Idem.*

transnacionalidad está más condicionada a sus actividades comerciales, productivas y financieras.

Ahora bien, uno de los criterios más utilizados para clasificar a las empresas se basa en la relación que tienen las empresas entre sí. Esa relación ha cambiado a través del tiempo en cuanto a forma. Otro término más popular, que define y señala muy bien la manera en como se relacionan muchas empresas, es el de franquicias. En la actualidad, la franquicia de un producto o marca registrada, se caracteriza porque el franquiciante otorga al franquiciatario el uso y explotación de un nombre comercial o marca, y se convierte en proveedor exclusivo del franquiciante.⁹¹ McDonald's es un buen ejemplo de cómo funciona una franquicia. Empero, independientemente del tipo de empresa de la que se hable, lo cierto es que las empresas transnacionales tienen una gran presencia a nivel mundial. Incluso, la revista Fortune realiza una clasificación de dichas empresas cada año, con base a los ingresos que reciben anualmente, el número de empleados, etc...

Las 10 empresas más importantes del mundo por ingresos en 2002

LUGAR	EMPRESA	PAÍS	INDUSTRIA	NÚMERO DE EMPLEADOS	INGRESO (MILLONES DE DOLARES)
1	Wal-Mart Stores	EEUU	Comercio	1,300,000	246,525.0
2	General Motors	EEUU	Automotriz	350,000	186,763.0
3	Exxon Mobil	EEUU	Petróleo	92,500	182,466.0
4	Royal Dutch/Shell Group	Holanda/GB	Petróleo	116,000	179,431.0
5	BP	GB	Petróleo	115,250	178,721.0
6	Ford Motor	EEUU	Automotriz	350,321	163,871.0
7	DaimlerChrysler	Alemania	Automotriz	365,571	141,421.1
8	Toyota Motor	Japón	Automotriz	264,096	131,754.2
9	General Electric	EEUU	Industrias Diversas	315,000	131,698.0
10	Mitsubishi	Japón	Electrónica	47,370	109,386.1

⁹¹ ALBA Aldabe, María Cristina, Op. Cit., p. 11.

Fuente: Revista Fortune, 2004.

La lista de Fortune toma como criterio principal el monto de los ingresos de las empresas (procedentes de la inversión que reciben, las utilidades de sus activos, cuotas que establecen a otras empresas por diversos servicios y ventas, entre otros), criterio que ha sido utilizado por diversos analistas para fortalecer el argumento de que su poderío y capacidad económica y financiera puede, en momento determinado, influir en otros aspectos de la sociedad internacional, como por ejemplo, tomar decisiones de carácter político. Pero también, diversos estudios realizan su propio *ranking*, tomando en cuenta otros aspectos característicos de las actividades de las empresas, como el valor de las empresas. Así lo señala el *ranking* de Interbrand, que toma en cuenta los costos de operación, infraestructura, capital humano, la demanda del servicio o producto que ofrece, actividad financiera y de *marketing*, etc.

Cuadro 2
Las empresas más valiosas en 2003

Lugar	Empresa	Valor Billones de dólares	Lugar	Empresa	Valor Billones de dólares
1	Coca-cola	70.45	11	Toyota	20.78
2	Microsoft	65.17	12	Hewlett-Packard	19.86
3	IBM	51.77	13	Citibank	18.57
4	General Electric	42.34	14	Ford	17.07
5	Nokia	29.44	15	American Express	16.83
6	Intel	31.11	16	Gillete	15.98
7	Disney	28.04	17	Cisco	15.79
8	McDonald's	25.70	18	Honda	15.63
9	Marlboro	22.18	19	BMW	15.11
10	Mercedes	21.37	20	Sony	13.15

Fuente: "The 100 top brands 2004", Interbrand, <http://www.interbrand.com/>.

Los datos anteriores nos pueden dar una idea de la capacidad económica y financiera que las empresas transnacionales tienen a nivel mundial; pero a su vez,

también le ha dado la ventaja de expandir ideologías, usos y costumbres de su país de origen. “De hecho, las marcas y los estados suelen fundirse en la mente del consumidor global. Por ejemplo, en muchos sentidos, Microsoft y McDonald’s se encuentran entre los diplomáticos estadounidenses más visibles, tal como Nokia es el emisario de Finlandia en el mundo. En esta época de sobreabundancia informativa, las marcas fuertes tienen mucha importancia cuando se trata de atraer la inversión extranjera directa, reclutar a los mejores y más brillantes, e influir en el ámbito de lo político”.⁹²

Con todo, aunque la influencia de las empresas transnacionales a nivel mundial en cuestiones económicas es indudable, ¿es acaso esto un indicador suficiente para determinar que el Estado está perdiendo capacidades regulatorias, al grado de que llegará el momento de desaparecer? Un primer acercamiento a la respuesta de esta pregunta, es que los criterios utilizados para sostener el argumento de que las empresas transnacionales se están apoderando del mundo, en detrimento del Estado, explican parcialmente la realidad.

Las empresas, sean transnacionales o no, requieren cumplir con una serie de disposiciones legales que los Estados aplican, ya sea para que se conformen dentro de su territorio, o para que una empresa, ya constituida, llegue a establecerse en territorio extranjero. Si bien es cierto que la organización, estructura y operación de una empresa está determinada por sus directivos, en el momento de participar en los mercados, y “convivir” con otras empresas, tiene que sujetarse a las legislaciones existentes, como lo pueden ser las políticas de competencia, que tratan de mantener a los mercados en buen funcionamiento. De no sujetarse a la ley, las empresas pueden ser objeto de sanciones aplicadas por los Estados.

Por otra parte, las empresas pagan impuestos, y uno de los componentes del Estado (desde la perspectiva jurídica) es la población, de donde sale la fuerza

⁹² Peter Van Ham, “¿El Ascenso de los Estados Marca?”, *Foreign Affairs en Español*, otoño-invierno 2001.

de trabajo que requieren las empresas para operar. Y qué decir de los recursos naturales de los Estados, que las empresas transnacionales necesitan también para sacar adelante su producción.

Aparte, cuando se dice que empresas como McDonald's fungen como diplomáticos de Estados Unidos, más que estar señalando una supremacía de la empresa, se habla entonces de un "servicio" que la empresa le está realizando al Estado. Sin embargo, el Estado no ha logrado regular completamente la vida de dichas empresas en el país, como se demostrará más adelante en el caso específico de las franquicias.

2.5.2. Globalización y franquicias

Las franquicias han marcado la pauta en la nueva tendencia mundial del comercio entre las naciones. La nueva tendencia de la globalización, es un proceso que surgió de una necesidad mundial de intercambio. Las franquicias han tomado auge en los últimos años gracias a la gran capacidad de comunicación que existe en la actualidad, lo que radica en la disminución relativa de las distancias, y en consecuencia, los negocios han roto las barreras fronterizas y se han distribuido a lo largo y ancho de los continentes.

La globalización ha ayudado a que las distintas empresas puedan regionalizar su producción de bienes e insumos. Por ejemplo; la franquicia McDonald's produce todos los componentes para su cocina en México, y los parques infantiles especiales para sus franquicias, alrededor del mundo, los producen empresas especializadas en EEUU o en Europa. De esta forma las franquicias pueden abaratar costos.⁹³

Las franquicias adoptan distintas modalidades para distribuir sus distintos centros administrativos y productivos. La globalización permite este nuevo sistema,

⁹³ FEHER Gallástegui, Juan Manuel, Op. Cit., pp. 63-70.

logrando una mayor flexibilidad en los procesos y en la mejor ubicación de sus centros productivos.

Las franquicias crean una imagen global similar. En todo el mundo existen diferentes rasgos culturales que identifican a los pueblos, aunque las franquicias se logran introducir en los pueblos logrando una imagen global muy parecida. Al respecto, podemos mencionar la nueva forma de calcular la paridad cambiaria denominada MC DOLLAR. Esta nueva forma de calcular la paridad cambiaria se basa en la afirmación de que, gracias a las franquicias y al marco de la globalización, podremos encontrar que los precios de una franquicia ubicada en Moscú, Taipei y Caracas son los mismos.⁹⁴

En los últimos años, el sistema de negocios por franquicias alcanzó un explosivo desarrollo gracias a la globalización de la vida económica de las naciones orientadas a una creciente apertura en este proceso de transformación del capitalismo.

Las renovadas estrategias de comercialización de productos y servicios, pusieron en un primer plano la alternativa de sumar un mayor número de bocas de expendio con beneficios para el franquiciante y el franquiciado.

Este interesante campo no es exclusivo de los países desarrollados, las franquicias no tienen fronteras. Desde hace varios años, América Latina, como otros mercados emergentes, transita sus propias experiencias, con un despliegue más generoso en el Brasil, siguiéndolo México, Chile, Colombia y Argentina.

Pero también comenzó a notarse incluso en los mercados socialistas, y no faltan locales por franquicias en recónditos puntos del planeta. En muchas ciudades, bajo diferentes climas y latitudes, es posible degustar la famosa Big Mac, rentar vídeos de la cadena Blockbuster, dormir en la cadena Holiday Inn, entre otros.

⁹⁴ *Idem.*

Hay un gran número de empresarios que contempla otorgar franquicias de su negocio, con la seguridad de que al hacerlo puede resolver sus necesidades de expansión, para aquellos que alguna vez han soñado ser dueños de su propio negocio, la franquicia se ha constituido en una opción interesante y segura para lograr su propósito en un ambiente de negocios incierto.

La comunicación de la imagen global de la marca aparece como el condimento esencial para garantizar el éxito de los negocios. Esto, aunado a la estrategia empresarial y el *target* conforman el trípode que sustenta esta actividad.

Latinoamérica es un mercado muy buscado por las firmas de Estados Unidos, el país de origen del sistema de franquicias y el lugar donde el sector es más dinámico. Pero una de las tendencias más recientes muestra que las empresas en América latina también intentan, por medio de franquicias ganar mercados más allá de sus fronteras.

Del mismo modo que el fenómeno de la internacionalización partió de Estados Unidos, los recientes análisis de este mercado sacan a la luz otros cambios en el rubro que, a medida que el desarrollo continúe, se reflejarían en Latinoamérica.

No es raro que un sector tan ágil y versátil como las franquicias responda a los cambios económicos y sociales con rapidez. La orientación creciente de la economía hacia la generación de servicios, la incorporación de más mujeres al mercado de trabajo o el envejecimiento progresivo de la población son algunas de las tendencias que repercuten en el sector de las franquicias.

Así, se espera que los negocios de mayor expansión entre los que trabajan por franquicias sean aquellos relacionados con la prestación de servicios, como las reparaciones, la limpieza hogareñas, el mantenimiento y reparación de autos, asistencia médica, educación y entrenamiento o telecomunicaciones. También tienen posibilidades de florecer los servicios a empresas, como contaduría, distribución de correspondencia, personal temporáneo, impresiones.

Aunque la situación de los países latinoamericanos difiere bastante entre sí, en algunos como México, Argentina y Brasil este tipo de franquicias ya existe.

En los últimos cinco años el sistema de franquicias en Chile, por ejemplo, experimentó un crecimiento promedio del 30%, una cifra que la posiciona bien en el proceso de expansión de este negocio en América latina. Luego del auge experimentado, las franquicias han entrado últimamente en una recta estabilizada y de crecimiento constante. Los datos más frescos indican que hoy operan en ese país 65 compañías de franquicias, las cuales provienen de distintos países y facturan anualmente unos doscientos millones de dólares. El equivalente al 0,01% del producto bruto interno chileno. Esta actividad da empleo directo a más de veinte mil personas.⁹⁵

Son malos tiempos para el empleo y, en estas circunstancias, comenzar un negocio que cuenta con el respaldo de toda una organización empresarial detrás, es una ventaja considerable. La franquicia se ha convertido en una opción a tener en cuenta por aquellos que desean ser sus propios jefes sin asumir riesgos innecesarios, o no cuentan con la experiencia suficiente para lanzarse a un mercado cada vez más competitivo, que puede "tragárselos" sin compasión a la primera de cambio.

El respaldo que proporciona una marca consolidada, aminora el miedo de lanzarse al vacío sin red. De hecho, el sector de las franquicias en nuestro país está sufriendo, en los últimos tiempos, un crecimiento anual que gira en torno al 20%, ha creado unos 50.000 nuevos puestos de trabajo y ha dado lugar a la apertura de más de 16.000 establecimientos, según los últimos informes. Las ferias dedicadas al sector se multiplican, la atención periodística es cada vez mayor, y las

⁹⁵ Drucker F., Peter, "La Economía Global y el Estado-Nación", Este país. Tendencias y Opiniones, Núm. 81, México, diciembre 1997, p. 8.

empresas que deciden sumarse a esta tendencia, y ofrecerse en régimen de franquicia, crecen continuamente.⁹⁶

Esto puede hacerse especialmente significativo en las franquicias destinadas al sector de servicios: las prisas y la falta de tiempo que reina en las grandes ciudades ha hecho prosperar negocios que ofrecen los servicios más inverosímiles. Ya no se trata tan sólo de recurrir a la socorrida pizza cuando no provoca meterse en la cocina, también aparecen negocios destinados a facilitar las tareas como darse un masaje en la oficina, tener peluquero a domicilio, cuidar del abuelo, sacar el perro a pasear o planchar la ropa fuera de casa.

No obstante, no todo es maravilloso. Si se analizan las franquicias que han aparecido en los últimos años, el número de cadenas afianzadas, estables, con un número de establecimientos relativamente amplio, no llega al centenar. Está claro que muchas de las franquicias surgidas al amparo de la moda están condenadas a desaparecer. Se trata, además, de un mercado joven, que aún no ha abandonado los pañales, pues el "70% de las franquicias lleva menos de 6 años funcionando en nuestro país. Por otra parte, estadísticas del departamento de comercio de Estados Unidos demuestran que en un periodo de cinco años, únicamente el 5% de los negocios independientes sobreviven; mientras que en el caso de las franquicias, este porcentaje es del 95%. De aquí que las franquicias se consideren como una forma de inversión que ayuda a minimizar el riesgo de entrada a distintos tipos de negocios"⁹⁷

Por todas estas razones, se considera a la franquicia un suceso de importancia en la economía y en la forma de hacer negocios, y por ende en la globalización. En una sociedad donde las marcas son cada vez más un factor determinante en la toma de decisión de todo consumidor, las franquicias se han convertido en un excelente sistema de comercialización. Las franquicias permiten al consumidor tener la certeza de lo que están adquiriendo. El mercado de la comida rápida ha

⁹⁶ ROLANDO Arellano, "Comportamiento del Consumidor y Marketing. Aplicaciones Prácticas para América Latina", Ediciones Harla, México, 1993, p. 71.

⁹⁷ *Idem*, p. 15.

sido uno de los que ha experimentado un mayor beneficio del posicionamiento de la marca, del crecimiento a través del formato de comercialización de la franquicia, y por ende, de la globalización.

2.5.3. Globalización, marcas internacionales y franquicias

Como podemos ver, la globalización también se puede resumir en un ramillete de marcas internacionales, mayoritariamente occidentales o japonesas, que se han impuesto en el imaginario consumista de las sociedades contemporáneas, y son los verdaderos nombres y apellidos de nuestro tiempo.

Una encuesta aplicada entre 82 mil consumidores de la región del sudeste asiático por *Reader's Digest*, demuestra con implacable contundencia el triunfo de unas pocas marcas de productos que los encuestados en Taiwán, Singapur, Malasia, Tailandia, Filipinas y Hong Kong reconocieron como sus favoritas, al instante y sin necesidad de que nadie se los recordara, lo cual no ocurrió cuando se les preguntó por los nombres de los presidentes de dichos países, o los colores y símbolos de sus banderas.⁹⁸

De lo anterior, podemos deducir que se demuestra que los millones de dólares que las grandes firmas internacionales invierten a diario en publicidad y mercadotecnia, no son en vano, y que la fuente principal del consenso contemporáneo no la encontraremos en sofisticados valores políticos o religiosos, sino en la simpleza uniformada de un puñado de nombres y marcas que a todos nos resultan familiares, e incluso juzgamos como nuestros "favoritos", aunque no necesariamente se tenga acceso a dichos productos, cuyo "prestigio" termina por imponerse sobre su precio.

Los asiáticos de la región del Pacífico, reconocieron como su auto favorito al alemán BMW, no obstante que sólo uno de cada 20 de aquellos que poseen un

⁹⁸ BERMEJO Mora, Edgardo, "El Mundo es una Marca", Marzo 2004, <http://www.etcetera.com.mx/2000/393/ebm393.html>, Octubre 2004.

automóvil, tuvo el dinero suficiente para adquirir dicho auto, que en Singapur puede llegar a costar el equivalente a 750 mil pesos mexicanos.

Del mismo modo, eligieron como su hotel "favorito" al Hilton, más por el nombre que deslumbra y no tanto por haberse hospedado alguna vez en dicha cadena estadounidense de hoteles de lujo.

La computadora que resultó más mencionada fue Acer, en tanto que el teléfono celular más mencionado fue el europeo Ericsson y Motorola. La japonesa Sony arrasó sin contrincantes en los rubros de televisión, video casetera, reproductoras de CD y del innovador DVD, sólo con algunas excepciones locales que le concedieron el título de favorito a Panasonic.

Canon gana por unanimidad para el caso de las cámaras fotográficas y digitales, en tanto que Sony reaparece como favorito en las cámaras de video. Para el caso de los relojes Rolex, éste triunfa en tres países, Casio en dos, y Citizen en uno. Mont Blanc y Parker encabezan a las marcas de plumas finas. Lavadoras, refrigeradores y hornos de microondas son liderados por General Electric, National y Mitsubishi.

En el mismo informe, también el agua se ha ganado una distinción de marca. El agua de nuestro tiempo es Evian y, por supuesto, el refresco universal que se impuso sin problemas es la Coca-Cola.⁹⁹

Los productos de consumo diario no gozan de menos unanimidad internacional. Hay marcas y nombres que se les encuentra en el supermercado más grande o en la tienda de la esquina, que se les anuncia por televisión en todos los idiomas posibles y que siempre aparecerán como portadores infalibles de la felicidad, el éxito y la armonía familiar.

⁹⁹ *Idem.*

Para el caso del té, Lipton no tiene rival entre los sudasiáticos; lo mismo ocurre con el café soluble, donde Nescafé reina a sus anchas; y con el cereal, donde Kellogg's no tiene rival.

La sopa favorita de la aldea global es la Campbell's; la leche consentida es la Carnation; y el caldo de pollo en cubitos es territorio gobernado por Knor.

En el supermercado global en el cual vivimos: la pasta de dientes favorita es la Colgate; Palmolive, Pantene y Clairol se imponen en el rubro de shampoo; como ocurre con Avon y Revlon en los cosméticos; o Nestlé y Gerber para la comida de bebés, en cuanto a productos para su cuidado y atención Johnson & Johnson es la marca favorita de al menos 200 millones de habitantes que moran en este lado del mapa.

Ocurre también que las bebidas alcohólicas tienen uniforme global: Johnnie Walker es la marca favorita para el whisky en el sudeste asiático, con la honrosa excepción de los malayos que eligieron al Chivas Regal. En el vodka, sin embargo, no hay nadie que pueda desafiar a Absolut; como ocurre también con el brandy, donde la francesa Hennessy es líder.¹⁰⁰

Como podemos ver, la globalización también nos ha arrastrado a la valorización económica de las marcas, el logo, en la producción capitalista: la marca como concepto, como experiencia, como estilo de vida.

El producto deja de tener la misma importancia, ya que el éxito y la prosperidad de la empresa dependen de la valorización de la marca. La batalla comercial se juega entonces en el terreno simbólico de los supuestos de la identidad: lenguaje, imaginación y deseos. Un simple objeto de consumo es sustituido por una imagen capaz de hacerlo acceder a la dimensión del mito.

La producción misma, al pasar a segundo plano, puede realizarse en cualquier parte del mundo con mano de obra barata, precariedad laboral, donde es posible

¹⁰⁰ *Idem.*

evadir las reglas y producir en el menor tiempo y al menor costo posible; ningún peso ni deberes para la empresa, sólo derechos. Ésta, transformada en "fábrica virtual", puede vender ropa, computadores, zapatos o refrigeradores, haciéndolos producir por otros. Tenemos igualmente el "outsourcing" a nivel planetario, y la proliferación mundial de los "sweatshops", talleres de producción que funcionan en pésimas condiciones de trabajo. En estas verdaderas "zonas francas" del mundo, se trabaja sin descanso, sin derechos, sin seguridad alguna, y el patrón no tiene cara. "No existiría el culto de la marca si no existiera la posibilidad de producir a bajos costos en alguna parte del mundo" ¹⁰¹

Klein afirma que es imposible hablar de marcas sin hablar de globalización. Al pasar a segundo plano la manufactura, la producción, los cuarteles generales de las empresas pueden concentrarse en lo que realmente importa: la creación de una mitología empresarial suficientemente potente como para infundir significado a los objetos agregándoles simplemente un logo. ¹⁰²

La publicidad llega a un punto en que, a menudo, en televisión lo más sugestivo y novedoso son los anuncios. Contra ellos, ha aparecido en EE.UU. y Francia el libro de Naomi Klein, *No Logo*. Denuncia la tiranía de las marcas, el asedio a que nos someten Microsoft, Coca-Cola, IBM, cuya publicidad en América ya se hace hasta en los lavabos, y que están consiguiendo que los adolescentes se tatúen con sus logos.

Pero el fenómeno de globalización de las marcas no es ni mucho menos nuevo. Existen marcas, como Aspirina, de Bayer, que fueron creadas hace más de 100 años y rápidamente se difundieron por todo el mundo. Otras, como Coca-Cola o Knor, también son centenarias, si bien tardaron algo más en globalizarse. Coca-Cola se popularizó en el mundo a partir de la Segunda Guerra Mundial, acompañando a las fuerzas armadas de Estados Unidos. Hay marcas que nacieron en un país y ya llevan más de 50 años en todo el mundo, como L'Oréal,

¹⁰¹ KLEIN, Naomi, "No Logo. El Poder de las Marcas", Edit. Paidós, Madrid, 2001, p. 257.

¹⁰² *Idem.*

Heineken, Camel o Persil. Otras se hicieron globales rápidamente, como Apple, Swatch o Sony.¹⁰³

Si bien el fenómeno de globalización de las marcas no es nuevo, lo que sí es nuevo es la tendencia en muchas empresas a dar mayor protagonismo a sus marcas globales.

La globalización puede proporcionar gran estabilidad a una marca. Es un hecho que las marcas líderes en Estados Unidos en los años veinte, son las marcas líderes en nuestro mundo hoy. Una de las razones podría ser la tendencia a una cierta homogeneización de los gustos de los consumidores en distintos países, o cuando menos, los comportamientos de compra y consumo de determinados segmentos tienden a ser cada vez más parecidos. Marcas como Armani, Rolex, Chanel, Gucci, BMW, Moët&Chandon o Hermes satisfacen la necesidad de estatus, prestigio o exclusividad del mismo modo en cualquier mercado.

La cultura de todos los países se ve influida por películas, televisión y música, que se producen en otros sitios y que se difunden de modo inmediato. Esta universalización de la cultura permite la globalización de muchos productos y marcas, ya que si han tenido éxito en sus países de origen, a buen seguro que tienen unas ventajas que pueden ser reconocidas y apreciadas en otros países.

A pesar de la tendencia hacia la globalización de los mercados, siguen existiendo diferencias que vale la pena explotar. La compañía Nestlé, además de todas sus marcas globales o multirregionales, comercializa más de 7.000 marcas locales en todo el mundo, marcas que sólo están disponibles en un país o en áreas geográficas muy limitadas.

Y es que aún existen características singulares en los distintos mercados que dan pie al desarrollo de marcas locales que pueden tener éxito en sus países respectivos.

¹⁰³ *Idem*, p. 90.

La globalización del *fast-food*, ha hecho posible que marcas globales como McDonald's, Pizza Hut o Kentucky Fried Chicken, se introduzcan a economías como la mexicana a través del contrato de franquicias. Lo interesante para analizar y reflexionar es el hecho de que una de las características de las franquicias es precisamente la marca, es decir, si no hay marcas sin globalización en este punto podríamos asegurar que no hay franquicias sin globalización.

CAPÍTULO TERCERO

MARCO LEGAL DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

3.1. Perspectiva global de las franquicias en el derecho comparado

3.1.1. Las franquicias y la ley en Estados Unidos

Antecedentes

Si bien el sistema de franquicias ha tenido una aceptación general tanto por parte del comercio como del público, para un pequeño segmento de la población estadounidense conserva una imagen algo desfavorable, contraída, en parte, durante la década de los 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 de 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. De esta manera, intencionalmente o no, se originaron una serie de problemas provocados por malentendidos, errores de cálculo, declaraciones falsas o simplemente dolosas.¹⁰⁴

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. Atestiguó importantes pérdidas que muchos de sus residentes estaban sufriendo a manos de franquiciantes sin escrúpulos. En respuesta a una cantidad creciente de irregularidades jurídicas en la materia, se promulgó 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

¹⁰⁴ BORIAN, Donald, "Las Ventajas del Franchising", Ed Macchi, Buenos Aires, 1993, pp. 102.

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.¹⁰⁵

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 medias muy similares, como la obligación registral y la publicidad precontractual.

El reglamento de la FTC y la 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 las franquicias a nivel nacional.¹⁰⁶ Al igual que el ordenamiento de California, el de la FTC establecía el derecho al franquiciatario de obtener información confiable acerca del negocio del franquiciador.

De igual manera, este nuevo reglamento estipulaba que sería ilegal cualquier oferta o venta de una franquicia dentro de los Estados Unidos, 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.¹⁰⁷

¹⁰⁵ RAAB, Steven, MATUSKY, Gregory, "Franquicias: Cómo Multiplicar su Negocio", Ed. Limusa, México, 2002, p. 122.

¹⁰⁶ PURVIN, Robert, "Fraude en las Franquicias", Ed. Cecsa, México, 1997, p.194.

¹⁰⁷ RAAB, Steven, MATUSKY, Gregory, "Franquicias: Cómo Multiplicar su Negocio", Edit. Limusa, México, 2002, pp. 124.

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.¹⁰⁸

Ahora bien, el reglamento de la FTC 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 FTC, 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 eficiencia. Se trata de un documento complejo cuyo objetivo es recavar un informe sumamente detallado sobre los franquiciantes y sus franquicias.

Aunque la UFOC es más exhaustiva en sus requisitos que el reglamento de la FTC. Ambos formatos exigen la divulgación de una gran amplitud de información. En la práctica diaria de los negocios, la UFOC 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 los recursos asignados.
- * Requisitos para comprar a proveedores aprobados.
- * Acuerdos para la financiación del franquiciatario.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 125.

- * 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 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 FOC o en el reglamento de la FTC, 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.¹⁰⁹

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 franquicia y de elaborar un amplio reporte sobre la materia, decidió presentar 2 iniciativas de ley 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.¹¹⁰

Desgraciadamente, las iniciativas de LaFalce no fueron aprobadas en ese momento, pero esto no quiere decir que éstas no fueran tomadas en cuenta

¹⁰⁹ BORIAN, Donald, "Las Ventajas del Franchising", Edit. Macchi, Buenos Aires, 1993, pp. 104.

¹¹⁰ PURVIN, Robert, Op. Cit., p. 200.

para la elaboración de los nuevos proyectos legislativos que próximamente se presenten ante el Congreso.

La cláusula de no competencia en EE.UU.

En Estados Unidos, 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 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 respetaran 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. Hay una gran división en relación a la obligatoriedad de los convenios de no competencia en los Estados Unidos. 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 a 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).

Algunas restricciones impuestas a los franquiciadores en EE.UU.

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

En relación a la franquicia, y para la sorpresa de muchos, son muy pocos los empresarios americanos que son concientes 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 de los 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 con que se corre el riesgo de desencadenar una guerra de precios que acabe por menguar los ingresos totales del sector.¹¹¹

¹¹¹RAAB, Steven, MATUSKY, Gregory, Op. Cit., p. 139.

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 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.

III. Emisión de las especificaciones: éste 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.

Como se puede observar, la legislación sobre la restricción al comercio en los Estados Unidos 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.

3.1.2 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 2000, con 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 sí. Solamente 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 CC, y 51 y 52 del Código de Comercio.¹¹²

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, con la finalidad de proteger un interés muy concreto.

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

a) El artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, define los acuerdos de franquicia: "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,

¹¹² www.delitosinformaticos.com/trabajos/franquicias5.htm, Fecha de consulta 27 de octubre de 2004.

denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho de explotación de un sistema propio de comercialización de productos y servicios.”

b) El Real Decreto 2485/1998 que desarrolla el artículo 62 antes mencionado, 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 una antelación de 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 en dicho registro, el franquiciante infractor se hará acreedor de una fuerte sanción económica.

También serán aplicables las siguientes Leyes:

c) Ley 32/1988 de marcas del 20 de noviembre, y la Ley 11/1986 de patentes del 20 de marzo. Se aplica 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.

d) El reglamento (CE) No. 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 desarrollar su actividad, siempre que esta obligación se refiera a bienes o servicios que compitan con los contractuales; siendo indispensable para proteger los conocimientos técnicos transferidos por el franquiciante al franquiciatario, y no que 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, que 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 1999.¹¹³

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, que 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.¹¹⁴ 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.

3.1.3. Código Deontológico Europeo de la Franquicia

España es miembro de la Unión Europea y por lo tanto se ha adherido a la mayoría de los tratados, códigos y leyes que se han elaborado para mejorar diversas situaciones económicas, sociales y políticas de la región.

¹¹³ LÁZARO Sánchez Emilio, “El Contrato de Franquicia: Aspectos Básicos”, Ed. Universidad de Múrica, Múrica, 2000, pp. 96.

¹¹⁴ www.conferco.es/franquic/franpas1.htm, Fecha de consulta 20 de octubre de 2004.

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 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 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).

El Código Deontológico Europeo de la Franquicia entró en vigor el 1 de enero de 1991.¹¹⁵ Dentro de las disposiciones más interesantes que se encuentran en este ordenamiento en 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.

¹¹⁵ ESPALIAT Canu, Mauricio, ESPALIAT Planas, Patricia, "Franquicia: una Alternativa de Trabajo Independiente", Ed. Windsor, Madrid, 2002, pp. 135.

- 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 interesantes los siguientes:

- Productos o servicios a suministrar al 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.

3.1.4. Legislación de franquicias en 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.

No obstante, 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 manera alguna.

Existen las leyes sobre tecnología, marcas o patentes, arriendos 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 la responsabilidad laboral del franquiciante.¹¹⁶

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 sule de alguna

¹¹⁶ GONZALES Calvillo, Enrique y Rodrigo, "Las Franquicias la Revolución de los 90", Ed. McGraw-Hill, México, 1994, pp. 35.

manera la ausencia legal sobre este precepto, y fija ciertas normas para el 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.¹¹⁷

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

Por otro lado, con el fin de la protección del mercado y del sistema la AAF, se 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.¹¹⁸

3.1.5. Legislación en Brasil

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. Esto se debió a que las franquicias extranjeras fueron desalentadas a entrar en este voluminoso mercado

¹¹⁷ www.guiaburzaco.com.ar/FRANCHISING.htm, Fecha de consulta 29 de octubre de 2004.

¹¹⁸ *Idem.*

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 posguerra, en el que, ante la falta de tecnología del exterior, los brasileños desarrollaron la propia.

A mediados de los cincuenta, Brasil ya contaba con 3 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 sólo el 10% son de origen extranjero, lo que lo convierte en el segundo mercado mundial de franquicias después de Estados Unidos.

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 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 se encuentran en Estados Unidos, 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.¹¹⁹

Según William LeSante, director gerente de la consultoría LeSante Internacional, "las franquicias brasileñas se han puesto a nivel de las norteamericanas, generando ventas de unos US\$ 7,000 millones anuales."¹²⁰

¹¹⁹ GOZALEZ Calvillo, Enrique y Rodrigo, Op. Cit., pp. 53.

¹²⁰ www.latintrade.com/newsite/esp/content/archives.cfm?StoryID=1656, Fecha de consulta 28 de octubre de 2004.

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

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 3o 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 8 años, y se ha propiciado su reforma por una comisión *ad hoc* que sugirió cambiar ciertas reglas, que se muestran 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.¹²¹

El Fracaso de las franquicias extranjeras en Brasil: caso McDonald's

¹²¹ MAZAROTI, Osvaldo, "Franchising", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 168.

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 McDonald'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.

En el caso de McDonald'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 McDonald's de cobrar en exceso por la renta y debilitar su negocio al abrir demasiados locales (canibalismo).

Como antecedente, McDonald'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 los precios 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 finales de los 90, McDonald'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.

Varios franquiciatarios también acusaron a McDonald's 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.

122

El panorama de McDonald'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.

3.1.6. Algunos organismos internacionales relacionados con la franquicia

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

La necesidad de uniformar normas y criterios en materia mercantil internacional, impulsó a que el UNIDROIT reconociera la importancia del contrato de franquicia y

¹²² Periódico 'The Wall Street Journal', 21 de octubre de 2003.

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 éstos necesitan para evaluar la franquicia que se les ofrece.¹²³

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

- 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 pago relacionado con la adquisición de la franquicia.
- La información debe ser suministrada por escrito.
- Casos en el que el franquiciante esté 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 u otros beneficios, naturaleza y alcance de los derechos exclusivos otorgados, limitaciones impuestas al franquiciatario, obligaciones de no competencia,

¹²³ MAZAROTI, Osvaldo, "Franchising", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 191.

comisiones, restricciones o condiciones con relación a los bienes o servicios que el franquiciatario puede vender, etc.

- El idioma en el que se va 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.¹²⁴

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.¹²⁵

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

La OMPI 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 ha establecido 3 elementos que debe contener esta relación comercial para fungir como tal, y son:

¹²⁴ <http://www.unidroit.org/english/franchising/modellaw/modellaw-e.pdf>, Fecha de consulta 1 de noviembre de 2004.

¹²⁵ MAZAROTI, Osvaldo, "Franchising" Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 191.

- 1.- Licencia para utilizar el sistema.
- 2.- Relación interactiva continúa.
- 3.- El derecho del licenciante a establecer la forma de operar el negocio.¹²⁶

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 mundial; por lo que se puede pactar en los contratos de franquicia que, en caso de que se presente una disputa legal, ésta se ventile ante la OMPI.¹²⁷

3.2 Generalidades de la legislación mexicana en materia de franquicias

3.2.1. Constitución mexicana y contrato

El Principio General de la Libertad tiene su fundamento en el Derecho Positivo, de garantía individual, de la libertad de trabajo, de industria, de comercio y de manera de decisión política fundamental, proclamado en los artículos IV y V de la Constitución de 1917. El Congreso Constituyente de Querétaro, como complemento irreversible de tal garantía individual, estableció la rigurosa prohibición de monopolios de Estado, permitiendo sólo cinco excepciones establecidas en el artículo 28 de la misma constitución. Artículo IV constitucional: "A ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícito el ejercicio de esta libertad, ya que sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de terreno o por resolución gubernamental dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino únicamente por resolución judicial."¹²⁸ Artículo V constitucional:

¹²⁶ <http://www.geocities.com/itsfranchising/ARTICULO.HTML>, Fecha de consulta 2 de noviembre de 2004.

¹²⁷ <http://arbitrator.wipo.int/center/index-es.html>, Fecha de consulta 2 de noviembre de 2004.

¹²⁸ MÉXICO: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 4. 2004.

“Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial.”¹²⁹ Este último se ajustará a lo dispuesto en el Art. 123. En cuanto a servicios públicos, sólo podrán ser obligados en los términos que establezcan las leyes respectivas. El estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso.

El artículo 123, fracciones I y II constitucional, nos habla sobre la duración máxima de la jornada de trabajo, que será de 8 horas. La jornada máxima de trabajo nocturno será de 7 horas, quedando prohibidas las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno no industrial y todo otro después de las 10 de la noche, para las mujeres en general y para los menores de 16 años.¹³⁰

Artículo 28 constitucional: “En los Estados Unidos Mexicanos, no habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni excepción de impuestos, ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de la moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo banco que contratara el Gobierno Federal, y los privilegios que por determinado tiempo se conceda a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a las que para el uso exclusivo de sus inventos y perfeccionadoras de alguna mejora.”¹³¹

La plena confirmación de tales pronunciamientos se encuentra precisamente en la forma en que se gestó la aprobación de este último precepto fundamental. En el último discurso de apertura del Congreso Constituyente de Querétaro, al proponer su proyecto de Constitución, Venustiano Carranza advirtió estas reformas al artículo 27, con lo que consultó el artículo 28 a fin de combatir los monopolios y

¹²⁹ *Idem*, Art. 5. 2004.

¹³⁰ *Idem*, Art. 123. 2004.

¹³¹ *Idem*, Art. 28. 2003.

asegurar en todas las ramas de la actividad humana la libre concurrencia, ya que es indispensable para asegurar la vida y el desarrollo de los pueblos.

A su vez, el diputado constituyente Francisco J. Mújica, al razonar el dictamen por la comisión precedida por él sobre el artículo 2, insistió en la prohibición relativa a todo lo que significa el monopolio, comprendiendo que esto era odioso en un país como el nuestro, en el que deba dejarse el mayor campo posible de libertad al comercio y a la industria, y solamente como medida de ordenar para garantizar debidamente los derechos tanto de las personas como de de la nación, reservándose a ésta la acuñación de moneda, correos, telégrafos y radiotelegrafía.

3.2.2. Generalidades del marco legal de las franquicias en México

En México contamos en la actualidad con un marco legal idóneo para el desarrollo de las franquicias. Al abrogarse la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (a la que en lo sucesivo llamaremos Ley de Transferencia de Tecnología), cambió radicalmente nuestro marco legal en el área. Se abandonó de una vez y para siempre la absurda noción de la transferencia y pasamos a la nueva era del licenciamiento de tecnología. “Por tanto, si tuviéramos que hacer una descripción del cambio más importante con la derogación de la Ley de Transferencia de Tecnología, al promulgarse la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial (a la que denominaremos en lo sucesivo Ley de Propiedad Industrial), diríamos que de acuerdo con la Ley de Transferencia de Tecnología existía la noción de que el proveedor de tecnología transfería ésta al adquiriente.”¹³²

Curiosamente, las expresiones “proveedor” y “adquiriente” son los términos utilizados en esa Ley. Esto tenía implicaciones muy serias y preocupantes. Si tomamos el caso de una franquicia, en términos de la Ley de Transferencia de Tecnología que ya no está vigente, por fortuna, el franquiciante debía de asumir

¹³² GONZALEZ Calvillo, Enrique, Op. Cit., p. 145.

que la tecnología suministrada al franquiciatario podría ser asimilada por este último. En asimilada, por consecuencia, se debía asumir que la tecnología proporcionada en términos del contrato de franquicia, suministrada por el franquiciante al franquiciatario para la operación del negocio, pasaría a formar parte del patrimonio del segundo.

Con la abrogación de la Ley de Transferencia de Tecnología, quedaron atrás los días de la “asimilación” y de la “transferencia”, e ingresamos a la época del licenciamiento de la tecnología. Las regalías que paga un franquiciatario a su franquiciante deben entenderse como renta por el uso de un sistema, y no como pagos a plazos al proveedor para adquirir su tecnología.

También se abolió el registro obligatorio de los contratos de tecnología. Dicho registro facultaba a la autoridad a que revisara y aprobara los contratos. Como es lógico, y dados los criterios de registro que tenía previstos dicha ley, el proceso de registro constituyó un verdadero problema para muchos franquiciantes del pasado. La Ley de Transferencia de Tecnología partía de la idea de que los empresarios de nuestro país no tenían la capacidad de negociar adecuadamente un contrato con su contraparte extranjera. “Los objetivos de la Ley de Transferencia de Tecnología fueron:

- Fortalecer la posición negociadora de empresas mexicanas al tratar con licenciantes extranjeros.
- Prevenir abusos por parte de licenciantes extranjeros.
- Incrementar tanto la calidad como la cantidad de la disponibilidad de tecnología, de acuerdo con los objetivos de desarrollo de México.”¹³³

¹³³ *Idem*, p.147.

Aún cuando nadie discute la bondad de los objetivos ya mencionados, es necesario cuestionarnos si se cumplieron esos propósitos. Tal parece que no fue así, siempre se encontraron los remedios, e inclusive, los subterfugios para darle la vuelta a la ley y, lejos de importar la tecnología de punta a un precio justo, podemos afirmar que muy pocas empresas confiaron en nuestro marco jurídico para exponer su tecnología. "En la actualidad, debido a la abrogación de la Ley de Transferencia de Tecnología, los contratos de franquicia no están sujetos a la aprobación de la autoridad y su contenido no está sujeto a las restricciones que marcaba la citada ley. Solamente existe a cargo del franquiciante la obligación de dar a conocer a sus potenciales franquiciatarios información relativa a la franquicia. Celebramos que, en lugar de regular el contrato, la autoridad se haya inclinado por regular la oferta de franquicias. Sin embargo, será mucho lo que tenga que hacerse para evitar que todo esto sea causa de abusos en perjuicio de potenciales franquiciatarios."¹³⁴

En estricta lógica, un franquiciante profesional, a diferencia de algún improvisado, no tendrá objeción alguna en dar a sus franquiciatarios toda la información que en realidad sea útil para conocer la empresa que le está ofreciendo una franquicia. Después de todo, si no hay nada que ocultar, lejos de ser un problema, otorgar información sobre la franquicia debe facilitar los esfuerzos de venta del franquiciante. Pero, ¿qué pasa cuando el franquiciante no tiene la sustancia, el profesionalismo, la ética y la capacidad de respuesta que necesitarían conocer los inversionistas interesados en adquirir una franquicia? La respuesta es obvia: habrá poco interés en dar a conocer información que revele el estado que guarda el sistema. Eso es lo que sucede, mientras no haya una guía que prevea en forma precisa lo que el franquiciante tiene que enseñar, habrá gente sin escrúpulos capitalizando la fiebre de las franquicias en México, ocultando las verdades de su franquicia.

¹³⁴ *Ibidem.*

Sí, como en algunos casos, lo único que tiene el franquiciante es una marca y unos manuales mal hechos, es obvio que se cobijará en la falta de una regla sobre la información que se tenga que dar. No podemos afirmar que el antiguo sistema regulatorio fuera adecuado; el que actualmente tenemos en México es de los mejores y más modernos del mundo. Simplemente decimos que, ante una absoluta libertad contractual, la carencia de registro y la ignorancia de muchos que podrían interesarse en adquirir una franquicia, el nuevo sistema puede tener repercusiones negativas.

En términos de la Ley de Propiedad Industrial, están finalmente protegidos los secretos comerciales que, en la ley, se definen como secretos industriales. “El artículo 82 y subsecuentes de la Ley de Propiedad Industrial, prevén la protección de los secretos industriales e imponen penas para aquellos que infrinjan la ley.”¹³⁵ Así, aquella información que den a conocer los franquiciantes a sus franquiciatarios, y que pueda ser considerada como un secreto industrial, gozará de la protección que otorga la ley a estos últimos.

Mucho es lo que se ha podido lograr en la protección de los secretos de los franquiciantes que operan en México mediante lo dispuesto en estos preceptos. En todo caso, es menester que se analice lo dispuesto en dicha ley, ya que no es cierto que cualquier información que un franquiciante transmita a su franquiciatario pueda ser objeto de la protección que se otorga a los secretos industriales. En todo caso, hemos observado que los manuales, las circulares y las instrucciones que en la mayoría de los casos le entregan los franquiciantes a sus franquiciatarios, pueden ser protegidos como secretos industriales, lo cual es un gran avance. Vale la pena comentar que la nueva Ley de Propiedad Industrial nos dio una nueva definición de franquicia, y que, por cierto, nos parece, si no perfecta, bastante adecuada. La definición que aparece en el artículo 142 de la ley es la siguiente:

¹³⁵ MÉXICO: Ley de Propiedad Industrial, Art. 82. 2003.

“ART. 142.- 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 manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta designe.”¹³⁶

Los derechos de autor son un tema del que poco se ha comentado en el pasado con respecto a las franquicias, y representan uno de los elementos que cobra cada vez mayor importancia. No puede concebirse la existencia de una franquicia si no hay una marca debidamente registrada que la distinga de otros negocios. Más aún, no es concebible ni recomendable que un inversionista adquiera una franquicia cuando el franquiciante no sea a su vez titular de las marcas que distinguen al negocio franquiciado.

Sin embargo, existen derechos de propiedad intelectual que dan sustento a la franquicia en forma paralela a los signos distintivos, que son de naturaleza artística en muchas ocasiones. En tales casos, el titular sobre los derechos de la franquicia debe producir las obras necesarias para el desarrollo de ésta, y para explotarla y protegerla adecuadamente. Por otro lado, por sus características y objetivos, la franquicia requiere constantemente de la utilización de obras ajenas, sobre las cuales se debe tener el cuidado suficiente para no incurrir en violaciones y, por lo tanto, en problemas de orden legal. Enrique González Calvillo señala en su obra de Franquicias: “En la revolución de los 90, las franquicias se han desarrollado con éxito en más de 40 industrias distintas, con clara tendencia hacia el sector de servicios. Menciona asimismo que los sectores más favorecidos en Estados Unidos, de 1985 a 1990, fueron los restaurante, tiendas de menudeo, hoteles, tiendas de convivencia, servicios de entretenimiento y viajes.”¹³⁷

¹³⁶ MÉXICO: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 142. 2003.

¹³⁷ GONZALEZ Calvillo, Enrique, Op. Cit, p. 151.

3.3. Normatividad mexicana en relación a la franquicia

Además de los estatutos de discrecionalidad, cerca de 16 estados han aprobado las leyes de relación de franquicias. Estos decretos por lo general limitan los poderes de los franquiciatantes con respecto a la terminación y renovación de los contratos de franquicia.

El propósito de las leyes de relación de franquicia es asegurar que las terminaciones sólo sucedan de acuerdo con un debido proceso y por una causa razonable. En su mayor parte, los abogados de los franquiciatarios perciben a las leyes de relación de franquicia como el mecanismo que valida la capacidad del franquiciante para terminar una relación. Muchos estados permiten que el contrato de franquicia regule las disposiciones estipuladas en la ley de relación de la franquicia.

El contrato de franquicia, como quedo establecido en lo que hemos venido mencionando anteriormente, es de creación reciente, pertenece al derecho de los negocios y la economía. Es así que un problema se presenta, un contrato atípico, cuya regulación surge en disposiciones administrativas y fiscales y no de Derecho Privado, es decir, de Derecho Mercantil.

La normatividad que regula la franquicia en México en materia económica respecto a las franquicias, se encuentran disposiciones en las siguientes leyes:

- Ley de Competencia Económica

En su artículo 8 dispone que “quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las practicas que desde el punto de vista de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios”.¹³⁸

¹³⁸ México: Ley de Competencia Económica, Art. 8. 2004.

Se considera entonces que la distribución exclusiva de bienes y servicios puede ser una práctica monopólica.

- Ley de Protección al Consumidor

En los artículos relativos, la ley tiene por objeto “promover o proteger los derechos del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica de las relaciones entre proveedores y consumidores, o franquiciante y franquiciatario (Art.1)”¹³⁹; así como que éstos deben sujetarse a la información y publicidad. (Art. 32 a 45), promociones y ofertas (Art. 46 a 50), al tiempo compartido a operaciones de inmuebles, etc.”¹⁴⁰

- Ley de Inversión Extranjera

Establece que “se podrá participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos, abrir y operar establecimientos y ampliar o realizar los ya existentes, salvo por lo dispuesto en esta ley”.¹⁴¹

- Ley de Propiedad Industrial

Dicho cuerpo es el más importante en materia de franquicias, toda vez que dentro de él se encuentran la mayoría de las normas aplicables en materia de franquicias. Entre otras, encontramos en su Art. 136: el titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o más personas con relación a todos o algunos de los paquetes o servicios a los que se aplique

¹³⁹ México: Ley de Protección al Consumidor, Art. 1. 2004.

¹⁴⁰ *Idem*, Art. 32-50.

¹⁴¹ México: Ley de Inversión Extranjera, 2004.

dicha marca o licencia, que deberá ser inscrita en el instituto para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros”.¹⁴²

“Art. 142, dice: 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 manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.”¹⁴³

- Legislación en Materia Fiscal, Legislación Fiscal

En el contrato de franquicia, como ya se dijo, se pacta pago de regalías, por lo que el artículo 15B del Código Fiscal de la Federación dice: “Se consideran regalías, entre otros, los pagos de cualquier clase por el uso o goce temporal de patentes, certificados de invención o mejora, marcas de fabricas, nombres comerciales, derechos del autor, sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas o grabaciones para radio o televisión, así como de dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos y equipos industriales, comerciales o científicas, así como las cantidades pagadas por transferencia de tecnología o informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas a otro derecho de propiedad similar”.¹⁴⁴

Para los efectos del párrafo anterior, el uso o goce temporal de derechos de autor sobre obras científicas, incluye los programas o conjunto de instrucciones para computadoras requeridos para los procesos operacionales de las mismas, o para llevar a cabo tareas de aplicación, con independencia del medio por el que se transmitan.

¹⁴² México: Ley de Propiedad Industrial, Art. 136. 2004.

¹⁴³ *Idem*, Art. 142.

¹⁴⁴ México: Código Fiscal de la Federación, Art. 15 B. 2004.

También se consideran regalías los pagos efectuados para transmitir imágenes visuales, sonidos o ambos, o bien, los pagos efectuados por el derecho a permitir el acceso público a dichas imágenes o sonidos, cuando en ambos casos se transmitan por vía satélite, cable, fibra óptica u otros medios similares.

Los pagos por concepto de asistencia técnica no se consideran como regalías. Se entenderá por asistencia técnica o prestación de los servicios personales independientes por los que el prestador se obliga a proporcionar conocimientos no patentables, que no impliquen la transmisión de información confidencial relativa a experiencias industriales, comerciales o científicas, obligándose con el prestatario a intervenir en la aplicación de dichos conocimientos.

Por otro lado, el artículo 24 fracción XI de la Ley del Impuesto Sobre la Renta dice: "Las deducciones autorizadas en este título deberán reunir los siguientes requisitos:

XI.- Tratándose de asistencia técnica de transferencia de tecnología o de regalías, se compruebe ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que, quien proporciona los conocimientos, cuenta con los elementos técnicos propios para ello, que se preste en forma directa o no a través de terceros, excepto en los casos en que los pagos se hagan a residentes en México, y que en el contrato respectivo se halla pactado que la prestación se efectuará por un tercero autorizado; y que no consiste en la simple posibilidad de obtenerla, sino servicios que efectivamente se lleven a cabo".¹⁴⁵

Quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se le pretenda conceder, previamente a la celebración del convenio respectivo, la información relativa sobre el Estado que guarda la empresa en los términos que establezca el reglamento de esta ley.

¹⁴⁵ México: Ley del Impuesto sobre la Renta, Art. 24. 1004.

Además de las anteriormente mencionadas, encontramos diversa normatividad de interpretaciones dentro de los siguientes cuerpos normativos:

1. Reglamento de la ley de Propiedad Industrial (DOF 23-XI-94).
2. Acuerdo por el que se establecen los plazos máximos de respuesta a los trámites ante el IMPI (DOF 10-XII-96).
3. Tarifa de los servicios que presta el IMPI.
4. Acuerdo por el que se dan a conocer los trámites inscritos en el Registro Federal de Trámites Empresariales que aplica la Secretaria de Comercio y Fomento Industrial y su sector coordinador (DOF 1-V-99).

3.4. Constitución, monopolio y franquicia

Se define el monopolio como aquella situación de un sector del mercado económico en la que un único vendedor o productor oferta el bien o servicio que la demanda requiere para cubrir sus necesidades en dicho sector. Para que un monopolio sea eficaz, no tiene que existir ningún tipo de producto sustituto o alternativo para el bien o servicio que oferta el monopolista, y no debe existir la más mínima amenaza de entrada de otro competidor en ese mercado. Esto permite al monopolista el control de los precios.

Para ejercer un poder monopolista se tienen que dar una serie de condiciones: 1) control de un recurso indispensable para obtener el producto; 2) disponer de una tecnología específica que permita a la empresa o compañía producir, a precios razonables, toda la cantidad necesaria para abastecer el mercado, situación que a veces se denomina monopolio 'natural'; 3) disponer del derecho a desarrollar una patente sobre un producto o un proceso productivo; 4) disfrutar de una franquicia

gubernativa que otorga a la empresa el derecho en exclusiva para producir un bien o servicio en determinada área.¹⁴⁶

Antes de la Constitución de 1917, en la de 1857, en un comentario al artículo 28, hizo notar José M. Lozano en un tratado de los Derechos del Hombre (México 1976), que en su artículo IV se establecía la libertad que todo hombre tenía para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, y para aprovechar sus productos; era consecuente natural y preciso de dicha garantía, la que consagraba al artículo 28 "EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUEDAN PROHIBIDOS LOS MONOPOLIOS O ESTANCOS".¹⁴⁷

Por lo que, de esta manera, el Gobierno Colonial dejó abundantes presentes que lenta y trabajosamente han ido desapareciendo de nuestras leyes, al par que las instituciones se han ido mejorando, haciéndose de esa manera práctico el principio de libertad humana, agregándose a esto actualmente la libertad reconocida, que hace imposible el establecimiento de monopolios. Así, el artículo 8 de la Ley de Competencia Económica dice: "Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las practicas que, en los términos de esta Ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribuidos y comercialización de bienes y servicios".¹⁴⁸

En materia Internacional, con el fin de evitar las practicas monopólicas, el Tratado de Roma constitutivo de la Unión Europea, en sus artículo 85 y 86, proclama la incompatibilidad con el mercado común y la prohibición de los acuerdos entre empresas que puedan perjudicar el comercio entre los Estado miembros, y que tengan por objeto o por efecto impedir o restringir el juego de la competencia o el disfrute, de modo abusivo, de parte de una o más empresas, mediante una posición dominante en el mercado común o sobre una parte substancial del mismo. En el mismo sentido, en Estado Unidos muchos contratos de Franquicia se

¹⁴⁶ FRISCH Philipp, Walter, "Competencia Desleal", 2ª Ed., Vol. II., Edit. Oxford, México, 1999.

¹⁴⁷ México: Constitución Política, Art. 28. 2004.

¹⁴⁸ México: Ley de Competencia Económica, Art. 8. 2003.

han restringido por la llamada Ley Sherman. No obstante, en la legislación mexicana, a pesar de prohibir los monopolios tanto en la Constitución como en la Ley de Competencia Económica, el contrato de franquicia por su propia redacción y naturaleza incide en el ámbito del monopolio, dejando en desventaja a ciertos agentes.

Si bien la propia ley intenta regular dicha situación, también es verdad que se ha visto en la imposibilidad de llenar de candados las franquicias, debido a su propia naturaleza. Si bien sería aventurado asegurar que las franquicias en México constituyen Monopolios, sí podríamos asegurar que la infraestructura de las grandes franquiciadores deja en desventaja a los comerciantes más pequeños.

3.5. Transmisión de derechos, licencias y franquicias

Los derechos derivados de las solicitudes de registro de marcas y de las marcas registradas, pueden ser transmitidos por sus titulares en los términos y con las formalidades de la legislación común. Pero para que esa transmisión de derechos produzca efectos contra terceros, ha de ser inscrita en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Las marcas colectivas no podrán ser transmitidas a terceras personas, y su uso queda restringido a los miembros de la asociación.

La transmisión de esos derechos se puede producir por causas muy diversas: cesión por venta de marca, por cambio de razón social, por fusión de sociedades, etc.

Licencia. Es el medio por el que el titular de un derecho de propiedad industrial autoriza su uso a una o más personas.

En el caso de las marcas, es el medio por el que el titular de una marca registrada, o en trámite de registro, autoriza su uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca.

La licencia deberá ser inscrita en el instituto para que pueda producir efectos frente a terceros.

La persona que tenga concedida una licencia de uso inscrita en el instituto, salvo estipulación en contrario, tendrá la facultad de ejercer las acciones legales de protección de los derechos sobre la marca, como si fuera el propio titular.

La franquicia. Es el sistema por el que, además de conceder una licencia de uso de marca, se transmiten conocimientos técnicos o se proporciona asistencia técnica para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distinguida.

Antes de la celebración del convenio, el titular de la marca deberá proporcionar a quien pretenda conceder la franquicia, la información relativa al estado de la empresa.

3.5.1. Solicitud de inscripción de transferencia de titularidad

La solicitud de inscripción podrá ser presentada por el titular concedente o por el concesionario.

La solicitud se hará cumplimentando a los datos contenidos en las formas oficiales relativos a:

- Identificación del cedente y su nacionalidad;
- Identificación del cesionario y su nacionalidad;

- Ubicación de la fábrica o establecimiento;
- Identificación del apoderado, en caso de que la inscripción de transmisión se solicite por medio de él;
- Causa de la que deriva la transmisión;
- Identificación de la solicitud o solicitudes, registro o registros y publicación de normas comerciales.
-
- A dicha solicitud deberán acompañarla los siguientes documentos:
- Dos copias autógrafas de la solicitud;
- Ejemplar certificado o con firmas autógrafas del convenio documento en el que consten las transmisiones o modificaciones de los derechos, incluidas las anteriores que no haya sido inscritas.

3.6. Trámite de licencia de uso de una franquicia

Es necesario presentar una solicitud ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

La solicitud puede presentarla cualquiera de las partes, y en ella se debe indicar:

- Nombre, denominación o razón social, nacionalidad y domicilio del franquiciante o franquiciantes;
- Los mismos datos del franquiciatario o franquiciatarios;
- Ubicación de la fabrica o establecimiento;

- Duración de la licencia o franquicia;
- Carácter de la licencia o franquicia;
- Si el convenio reserva al franquiciante, usuario autorizado o franquiciante la facultad de ejercer las acciones legales de protección del derecho de propiedad industrial objeto del comercio;
- Tratándose de licencia de uso de la marca, los productores o servicios respecto de los cuáles se concede la licencia;
- Datos de identificación del apoderado, cuando la solicitud de inscripción se realice por medio de él.

La solicitud deberá presentar como anexos:

- Dos copias autógrafas de la solicitud;
- Ejemplar certificado o con firmas autógrafas del convenio en que conste la licencia, autorización de uso o franquicia. No es necesario que en este ejemplar aparezcan las estipulaciones contractuales relativas a regalías y demás contraprestaciones que deba pagar el franquiciatario, usuario, autorizado o franquiciatario. Tampoco es necesario que aparezcan los informes de tipo confidencial;
- Dos ejemplares certificados o con firmas autógrafas del convenio en que conste la licencia, autorización de uso o franquicia. No es necesarios que en este ejemplar aparezcan las estipulaciones contractuales relativas a las regalías y demás contraprestaciones que deba pagar el franquiciatario, usuario, autorizado o franquiciatario. Tampoco es necesario que aparezcan los informes de tipo confidencial;

- Dos ejemplares certificados o con firmas autógrafas del convenio en que conste la licencia, autorización de uso o franquicia. No es necesario que en este ejemplar aparezcan las estipulaciones contractuales relativas a las regalías y demás contraprestaciones que deba pagar el franquiciatario, usuario autorizado o franquiciatario. Tampoco es necesario que aparezcan otras informaciones de tipo confidencial, en el caso de que la solicitud se refiera a 2 o más registros, solicitudes o publicaciones;
- Documento acreditativo de la personalidad del apoderado, en su caso;
- Comprobante de pago de la tarifa, que en caso de las licencias, dependerá del número de solicitudes o registros a los que afecte;
- Lista de solicitudes o registros involucrados en la licencia, ya que puede solicitar también en una sola promoción la inscripción de licencias relativas a dos o más solicitudes de trámite o marcas registradas, cuando el franquiciante o franquiciatario sean los mismos en todas ellas.

3.6.1 Plazo de resolución

El IMPI resolverá lo que corresponda sobre las solicitudes o promociones de inscripción de licencias y franquicias, dentro del plazo de los dos meses siguientes a la fecha de recepción de las mismas, o de la fecha en que se dé cumplimiento a los requerimientos formulados por el instituto.

Cuando la inscripción solicitada no proceda, por falta de algún requisito o por cualquier otra causa, el instituto notificará al solicitante para que dentro del plazo de dos meses manifieste lo que a su derecho convenga.

EJEMPLO

SOLICITUD DE REGISTRO DE LICENCIA DE USO O FRANQUICIA

Datos de la marca (en caso de referirse a un solo registro)

No de registro _____

Denominación _____

Fecha legal _____ Fecha de concesión _____

DATOS DEL TITULAR (FRANQUICIANTE O FRANQUICIANTES)

Nombre o denominación o razón social

Nacionalidad

Domicilio

Ubicación de la fábrica o establecimiento

Se reserva al franquiciante o franquiciantes la facultad de ejercer las acciones legales de protección del derecho de Propiedad Industrial materia del mismo. Si ___ No ___

Duración de la licencia o franquicia

Carácter de la licencia o franquicia

Productos o servicios para los cuales se concede (en caso de licencia de uso): _____

DATOS DEL APODERADO

Nombre

Domicilio

Lugar y fecha

Firma

ANEXOS

_____ **Dos copias autógrafas de esta solicitud**

_____ **Contrato de transmisión de derechos**

_____ **Documento para acreditar la personalidad del apoderado**

_____ **Comprobante de pago**

_____ **Listado de Registros involucrados al reverso**

3.6.2. Forma en que deben acreditar su personalidad los mandatarios

Cuando las solicitudes o promociones se presenten por conducto de mandatario, éste deberá acreditar su personalidad:

a) Mediante carta poder simple, suscrita ante dos testigos, si el mandante es persona física:

- Mediante carta poder simple, suscrita ante dos testigos, cuando, en el caso de morales, se trate de solicitudes de patente, registros o inscripción de licencias o sus transmisiones. En este caso, en la carta poder simple deberá manifestarse que quien lo otorga cuenta con facultades para ello, y debe citarse el instrumento en el que consten dichas facultades;
- En los casos no comprendidos en el apartado interior, mediante instrumento público o carta poder con ratificación de firmas ante notario o corredor cuando se trate de persona moral mexicana, debiendo acreditarse la legal existencia de ésta y las facultades del otorgante; y

- En los casos no comprendidos en el apartado b), mediante poder otorgado conforme a la legislación aplicable del lugar donde se otorgue o de acuerdo a los tratados internacionales, en caso de que el mandante sea persona moral extranjera. Cuando en poder se dé fe de la existencia legal de la persona moral en cuyo nombre se otorgue el poder, así como el derecho del otorgante para conferirlo, se presumirá la validez del poder, salvo prueba en contrario.”

En cada expediente que se tramite deberá acreditarse la personalidad del solicitante o promovente; sin embargo, bastará con una copia simple de la constancia de registro, si el poder se encuentra inscrito en el Registro General de Poderes establecido por el IMPI.

3.6.3. Casos en los que se debe o puede realizar el trámite

En materia de patentes, diseños industriales, modelos de utilidad, esquemas de trazado de circuito integrado, marcas, avisos y nombres comerciales, autorizaciones de denominaciones de origen, en el caso de que se transmitan o enajenen los derechos de Propiedad Industrial sobre patentes y registros, publicación o autorización de uso de denominaciones de origen y/o en los casos en que el titular de un derecho otorgue mediante convenio, la autorización para la explotación a una o más personas, para usar sus patentes y registro de marcas, avisos o nombres comerciales.

Monto de los derechos o aprovechamiento aplicables al trámite.

A los importes siguientes les será aplicable el impuesto al valor agregado (IVA), y deberá llenarse del formato único de ingresos por servicios proporcionado por el IMPI.

Por la inscripción o cancelación de inscripción de una licencia contractual de explotación o uso, o de su modificación; por el estudio de una solicitud de inscripción de una franquicia; por cada uno de los actos enunciados, por cada patente, registro, publicación o autorización \$170.00.

Realizados los trámites anteriores, quedan inscritos los contratos y/o convenios que se refieran a transferencia de tecnología y asistencia técnica; a lo que dispone el artículo 3º transitorio de la ley de la Propiedad Industrial. Para los efectos del artículo 24, fracción XI, de la Ley de Impuestos Sobre la Renta, no se requerirá comprobar la inscripción en el Registro Nacional de Transferencia de la Tecnología de los actos, contratos o convenios relativos a la asistencia técnica, transferencia de tecnología o regalías.

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTAS PARA REGULAR LAS FRANQUICIAS EN MÉXICO

Como resultado de este trabajo de investigación, propongo lo siguiente:

- 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 que debe estar sujeta a reglas sumamente 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 (9 y 10), ya que la 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 Propiedad Industrial, ya que el concepto de franquicia que enuncia este ordenamiento es ambiguo e incompleto. La definición que considero adecuada es la siguiente:

Contrato que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas, denominada franquiciante, le otorga a la otra, denominada franquiciatario, el derecho de utilizar bajo determinadas condiciones de control, y en un tiempo y zona geográfica delimitados, la licencia de uso de marca, su nombre comercial o, en su caso, el derecho de explotación de alguna patente, y le transfiere todos los conocimientos y técnicas para operar de una manera uniforme el negocio.

De igual forma, el franquiciatario se compromete al pago de una contraprestación económica al adquirir este sistema operativo.

- IV. De igual forma, se deben de realizar otras reformas en el mismo artículo, que contemplen lo siguiente:

- El franquiciante deberá otorgar de manera obligatoria al franquiciatario, bajo pena de nulidad, y con por lo menos 20 días de anticipación a la firma del contrato de franquicia, la

información a que se refiere el artículo 65 de esta ley, 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 IMPI.
- 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 está dispuesta invertir, sólo tiene acceso a una serie de datos intrascendentes que poco le dicen sobre la franquicia. Por lo tanto, es de imperiosa necesidad que este documento sea ampliado con el fin de proteger a los franquiciatarios de los posibles abusos que puedan cometer 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, haciendo hincapié en que éste 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 la 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 el 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 que van adquirir negocios con mucho éxito, por medio de los cuales van a recuperar su inversión en lapsos de tiempo muy cortos, sugiero que se incorpore a la Ley de Propiedad Industrial el siguiente requisito:

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La globalización permite el acceso a una gran variedad de productos. El problema surge cuando se tiene que hacer la elección: ¿cuál conviene? ¿Qué diferencia existe entre éste y aquél? Estas son las preguntas más comunes que se hacen los consumidores ante la gran cantidad de productos que ofrece el mercado; y en este sentido, las franquicias ofrecen una buena respuesta, la franquicia ofrece “garantía” de lo que se compra

SEGUNDA.- En una sociedad donde las marcas son cada vez más un factor determinante en la toma de decisión de todo consumidor, las franquicias se han convertido en un excelente sistema de comercialización. Las franquicias permiten al consumidor tener la certeza de lo que están adquiriendo.

TERCERA.- 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 esta manera, 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 un importante participación al PIB y a la recaudación fiscal, estimula la inversión extranjera y nacional, es una importante fuente de creación de empleos de diferentes niveles y requerimientos, y asegura a los consumidores recibir una alta calidad de servicio o productos especializados, a precio justo, dentro del escenario de la libre competencia.

CUARTA.- La franquicia, tal y como la conocemos hoy en día, surgió en Estados Unidos 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.

QUINTA.- La expansión que se ha experimentado en el terreno de las franquicias en otros países, no ha sido menos impresionante que en Estados Unidos. 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. Es así que 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 nivel mundial de una franquicia extranjera.

SEXTA.- Las franquicias crean una imagen global similar. En todo el mundo existen diferentes rasgos culturales que identifican a los pueblos; sin embargo, las franquicias se logran introducir en los pueblos logrando una imagen global muy parecida.

SEPTIMA.- 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 LPI, 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 IMPI, 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 Propiedad Industrial, que define con exactitud el contenido del COF. Tanto el artículo 142 de la LPI, como el 65 de su reglamento, deben ser reformados por ser ambiguos y deficientes.

OCTAVA.- En México, el artículo 142 de la LPI 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 por estar privado de una disciplina orgánica-jurídico-privada. Es decir, que aunque la LPI 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 LPI es de derecho administrativo y registral, lo que significa que sólo contempla la relación entre las partes contratantes con la Administración Pública Federal.

NOVENA.- A falta de una regulación legal específica, la relación entre el franquiciante y el franquiciatario se plasma en un contrato de franquicia. Este instrumento debe ser sumamente minucioso, cubriendo todos los aspectos referentes al negocio franquiciado y, principalmente, debe definir los derechos y obligaciones de las partes. Ahora bien, debido a 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 que éstos quieran obligarse.

DECIMA.- Una problemática recurrente en nuestro tema es el que el fraude en las franquicias, que es un fraude sistemático, una imagen falsa de una industria entera en un sentido que podemos descifrar que la franquicia es un medio seguro y efectivo para lograr el sueño que todos aspiramos de la propiedad de un negocio.

DECIMA PRIMERA.- No hay ley federal que proteja a los franquiciatarios en forma general. A nivel estatal, dentro de nuestra investigación encontramos que sólo algunos estados han aprobado leyes que regulan la oferta y la venta de las franquicias.

DECIMA SEGUNDA.- Los elementos de existencia y validez de un contrato de franquicia son los mismos de cualquier 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.

DECIMO TERCERA.- Muchas de las legislaciones de América Latina, incluyendo a México, no regulan en su gran mayoría los contratos de franquicia. 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, ya que 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. Talas restricciones o límites deben considerarse como normas de Derecho Público, y por lo mismo, no podrían ser renunciables.

DECIMO CUARTA.- Por último, hay que tener en cuenta que todo negocio puede ser susceptible a poderse franquiciar. No obstante, 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 últimamente se está presentando 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

LIBROS:

- ALBA Aldabe, María Cristina, "Las Franquicias en México", UNAM, México, 2001.
- ARCE Garcukkim, Javier, "El Contrato de Franquicias", Edit. Themis S. A. de C. V., México, D.F., 1995.
- BORIAN, Donald, "Las Ventajas del Franchising", Edit. Macchi, Buenos Aires, 1993.
- DEL BUEN LOZANO, Néstor, "La Decadencia del Contrato", Edit. Porrúa, México, D. F., 1985.
- DI CONSTANZO, Juan, "Desarrollo de Sistemas de Franquicias", McGraw-Hill, México, 1997.
- DIAZ Bravo, Arturo "Contratos Mercantiles", 6ª Ed., Edit. Harla, México.
- DOBB, Maurice, "Teorías del Valor y de la Distribución desde Adam Smith", Edit. Siglo XXI, 1982.
- ESPALIAT Canu, Mauricio, ESPALIAT Planas, Patricia, "Franquicia: Una Alternativa de Trabajo Independiente", Edit. Windsor, Madrid 2002.
- FEHER Gallástegui, Juan Manuel, "Las Franquicias, un Efecto de la Globalización, 100 Preguntas, 100 Respuestas", Mc Graw Hill, México, 2001.
- ----- "Visión Estratégica de las Franquicias en México", Edit. AMF, México, 1995.
- FERRER, Aldo, "Historia de la Globalización Orígenes del Orden Económico Mundial", Edit. FCE, 1996
- FRISCH Philipp, Walter, "Comptencia Desleal", 2ª Ed., Vol. II., Edit. Oxford, México, 1999.
- GARCÍA Canclini, Nestor, "Consumidores y Ciudadanos. Conflictos Multiculturales de la Globalización", México, 1995.
- GONZALES Calvillo, Enrique y Rodrigo, "Las Franquicias la Revolución de los 90", Edit. Mc Grawhill, México, 1994.
- GONZÁLEZ Calvillo, Enrique, "La Experiencia de las Franquicias", Edit. McGraw-Hill, México, D.F., 1994.
- KLEIN, Naomi, "No Logo. El poder de las Marcas", Edit. Paidos, Madrid, 2001.
- KOTLER, Philips, "Dirección de Marketing. Análisis y Control", Edit. Prentice Hispanoamericana, Madrid.
- LAMBIN, Jean-Jaques, "Marketing Estratégico", 3ª Ed., Edit. McGraw-Hill, México, 1995.
- LÁZARO Sánchez, Emilio, "El Contrato de Franquicia: Aspectos Básicos", Edit. Universidad de Múrica, Múrica, 2000.
- MAZAROTI, Osvaldo, "Franchising", Edit. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- MOLAS, Ana María, "Contratos Mercantiles Atípicos", Edit. DIVISA, Buenos Aires, 1983.
- OLVERA de Luna, Omar, "Contratos Mercantiles", Edit. Porrúa, México, D.F., 1892.

- PARRA, F., Miguel, S., ALDAS J., "La Franquicia desde el Punto de Vista del Franquiciador: una Aproximación Multivariable", 1997.
- PURVIN, Robert, "Fraude en las Franquicias", Edit. Cecs, México, 1997.
- RAAB Steven S., "Franquicias", Ed. Limusa, México, 2002.
- -"Franquicias: Cómo Multiplicar su Negocio", Edit. Limusa, México, 2002.
- ROLANDO Arellano, "Comportamiento del Consumidor y Marketing. Aplicaciones Pprácticas para América Latina", Ediciones Harla, México, 1993.
- SANTESMASES Mestre, Miguel, "Marketing. Conceptos y Estrategias", Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1993.
- TOCATLI Ferenz, Free, "Franquicias a la Mexicana", Edit. McGraw-Hill, México, 1998.

REVISTAS:

- Drucker F., Peter, "La Economía Global y el Estado-Nación", Este País. Tendencias y Opiniones, Núm. 81, México, diciembre de 1997.
- González Casanova, Pablo, "Los Indios de México hacia el Nuevo Milenio", La Jornada, México, D.F., 9 de septiembre de 1998.
- GONZÁLEZ Enciso, Agustín, "La Globalización en la Historia", Empresa y Humanismo, Vol. V, N° 1/02, España.
- Periódico 'The Wall Street Journal', 21 de octubre de 2003.
- Peter Van Ham, "¿El Ascenso de los Estados Marca?", Foreign Affairs en Español, otoño-invierno 2001.

LEGISLACIÓN:

- MÉXICO: Constitución Política, Art. 4, 5, 123-I y II, 28, 142. 2003.
- MÉXICO: Ley de Competencia Económica, Art. 8. 2003.
- MÉXICO: Ley de Propiedad Industrial, Art. 82, 142, 136. 2003.
- MÉXICO: Ley de Protección al Consumidor, Art.1. 2003.
- MÉXICO: Ley de Inversión Extranjera, Art. 4. 2003.
- MÉXICO: Código Fiscal de la Federación, Art. 15-B. 2003.
- MÉXICO: Ley del Impuesto sobre la Renta, Art. 24-XI. 2003.

MEDIOS ELECTRÓNICOS:

- INTERNET:

- Córdova, Enrique, "Franquicias en México. Antecedentes Normativo de Las Franquicias en México", enrique@alcazar.com.mx, 4 de marzo de 2004, dirección electrónica personal, 5 de marzo de 2004.
- BERMEJO Mora, Edgardo, "El Mundo es una Marca", Marzo de 2004, <http://www.etcetera.com.mx/2000/393/ebm393.html>, Octubre de 2004.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. "El Papel del Fondo Monetario Internacional y la Globalización", Abril de 2003, <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/govs.htm>, Septiembre de 2004.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, "Perspectivas de la Economía Mundial", Mayo de 1997, <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/govs.htm>, Septiembre de 2004.
- <http://arbitr.wipo.int/center/index-es.html>, Fecha de consulta 2 de noviembre de 2004.
- <http://www.geocities.com/itsfranchising/articulo.html>, Fecha de consulta 2 de noviembre de 2004.
- <http://www.unidroit.org/english/franchising/modellaw/modellaw-e.pdf>, Fecha de consulta 1 de noviembre de 2004.
- www.conferco.es/franquic/franpas1.htm, Fecha de consulta 20 de octubre de 2004.
- www.delitosinformaticos.com/trabajos/franquicias5.htm, Fecha de consulta 27 de octubre de 2004.
- www.guiaburzaco.com.ar/FRANCHISING.htm, Fecha de consulta 29 de octubre de 2004.
- www.latintrade.com/newsite/esp/content/archives.cfm?StoryID=1656, Fecha de consulta 28 de octubre de 2004.