

EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: I. *Concepto económico y antecedentes de la franquicia.* II. *Definición.* III. *Elementos fundamentales de la franquicia.* IV. *Elementos no esenciales de la franquicia.* V. *Obligaciones del franquiciante.* VI. *Obligaciones del franquiciatario.* VII. *El contrato de franquicia en el derecho de la competencia.*

I. CONCEPTO ECONÓMICO Y ANTECEDENTES DE LA FRANQUICIA

Definida en su sentido más simple, siguiendo a Arce Gargollo, podemos decir que la franquicia, desde el punto de vista económico es “un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquiciatario) se le concede –a cambio de una contraprestación– el derecho a comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo con ciertas condiciones y prácticas establecidas del franquiciante y con su asistencia”. Esta relación es un perfecto matrimonio entre una gran empresa y organización de negocios y un pequeño empresario o comerciante”.¹

El *franchising* (nomenclatura inglesa para designar al contrato) se define como la concesión de una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta (Guyenot).²

¹ Arce Gargollo, Javier, *El contrato de franquicia*, Themis, 4a. ed., México, 1997, p. 3.

² *Idem.*

Los primeros antecedentes de esta relación comercial suelen situarse en los años de 1850 o 1860 en Estados Unidos, cuando I. M. Singer creó el primer embrión de este contrato de franquicia como medio para distribuir y vender sus máquinas de coser (Rudnik). De este remoto antecedente, que al parecer no fue imitado por otros negocios, fue seguido por el de Howard Jonson que creó, en los años treinta, una cadena de veinticinco moteles. Sin embargo, el verdadero desarrollo de este método de negocios se produce en los años 1950 y 1960, cuando aparecen los "gigantes" o grandes empresas que expanden su área de negocio por medio de este moderno sistema (Holiday Inn, Roto-Rooter, Dunkin Donuts, McDonald's, Burger King, 7-Eleven, Bassin-Robins, Kentucky Fried Chicken, Sheraton (Kaufmann)).³

II. DEFINICIÓN

Para el *Black's Law Dictionary* la franquicia es la licencia que otorga al dueño de una marca o nombre comercial y que permite a otra persona vender un producto o servicio bajo este nombre comercial. En general, una franquicia involucra un contrato detallado mediante el cual el franquiciatario se obliga a operar un negocio, vender un producto o servicio conforme a los métodos o procedimientos establecidos por el franquiciante, y éste se obliga a su vez, a transmitir al franquiciatario el anuncio, promoción y consulta de otros servicios relacionados con la franquicia (*Black's Law Dictionary*).⁴

Por su parte, Arce Gargollo lo define como el contrato por aquel el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de la marca(s) y nombre(s) comercial(es), a cambio de una contraprestación generalmente ligadas a los resultados de la operación de la negociación.⁵

³ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

⁴ Torres de la Rosa, Alejandra, *El contrato de franquicia en el derecho mexicano*, Porrúa, 2a. ed., México, 2006, p. 33.

⁵ *Ibidem*, p. 35.

Estimamos que el hecho de que la regalía se fije conforme a los resultados de la negociación no forma parte esencial del negocio de franquicia, en forma contraria a lo que dice Arce, y nos parece le falta la imagen de unidad de negocio que caracteriza a las franquicias.

Torres la define como el contrato mercantil, principal, definitivo, bilateral, oneroso, atípico, nominado, *intuitu personae*, consensual y de tracto sucesivo, en virtud del cual una parte llamada franquiciante se obliga a otorgar el uso de una o más marcas, nombres y avisos comerciales y derechos de autor, así como a transmitir tecnología, conocimientos técnicos, su experiencia y su know-how, y a prestar asistencia técnica, organizativa, gerencial y administrativa a otra parte llamada franquiciatario, quien a su vez se obliga a pagar a la primera una contraprestación compuesta por una cuota inicial, por pagos periódicos o regalías y a comercializar, producir y distribuir bienes, o a prestar servicios en un territorio establecido y por un tiempo determinado, de acuerdo con las instrucciones y bajo el control de ésta.⁶

La Ley de Propiedad Industrial (LPI) señala que existirá franquicia cuando con la licencia de uso de marca, otorgada por escrito, 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 que ésta distingue (art. 142, LPI).

III. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA FRANQUICIA

A nuestro juicio, la franquicia está constituida por varios elementos fundamentales:

La licencia de uso de una o varias marcas. La función primordial de una marca es una indicación de calidad. Las diversas disposiciones que se han dictado en algunos estados de la Unión Americana, insisten que para identificar una relación de franquicia es necesario que el franquiciatario opere su negocio con una o varias marcas (o

⁶ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

nombres comerciales) del franquiciante. La marca del producto o servicio obtenido de la franquicia es un elemento esencial del contrato.

La LPI establece claramente que sólo habrá franquicia para el derecho mexicano cuando exista la licencia de uso de una marca (art. 142).

Uniformidad. El público demanda uniformidad y el público, a través de la franquicia, lo consigue. Por ejemplo, en "McDonald's" una "Big Mac" sabe igual en Maine que en California y los restaurantes se ven igual en Arkansas que en Toledo y el nombre externo es siempre el mismo en todo el mundo (Kauffmann).

El concepto de uniformidad del producto o servicio, o de estandarización, está íntimamente ligado al concepto de marca y el nombre comercial; pues el consumidor, por medio de estos signos distintivos va a identificar el producto o servicio que quiere y conoce anticipadamente y la calidad que tiene el bien o el servicio que se pretende adquirir. Esta uniformidad de productos o servicios, unidos a un control de calidad y a una producción en gran escala, es un típico resultado de las economías desarrolladas del siglo XX. Y así, cuando un franquiciario cambia las características del producto o del servicio objeto de la franquicia "viola una regla básica de la moderna franquicia; que cada franquiciario debe conformar su producto o servicio al patrón o modelo, pues después de todo el cliente espera consistencia. La falta de consistencia impide crecer al sistema de franquicias además de dañar la imagen o reputación (Marsh).

En la LPI se establece que el objeto de la franquicia es que el franquiciario pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme.

Contraprestación. El pago de diversas cantidades que el franquiciario hace al franquiciante de la franquicia, está generalmente, ligado a los resultados de la operación del negocio franquiciado. El pago puede ser en moneda nacional o extranjera. En este aspecto, los contratos de franquicia —onerosos y mercantiles— pueden prever una diversidad de pagos por distintos conceptos o servicios que suponen la explotación de la franquicia. De estos pagos hay dos conceptos básicos: el pago inicial o cuota que da derecho a la franquicia (*franchise fee*) y las regalías (*royalties*) como pagos periódicos.

Para señalar los diversos conceptos de pagos del franquiciario al franquiciante, Arce Gargollo enlista los siguientes:

- Pagos iniciales:

- I) Derechos de franquicia (*franchise fee*).
- II) Desarrollo de la franquicia, franquicia del área.
- III) Entrenamiento.
- IV) Aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio.
- V) Diseño arquitectónico.

- Pagos periódicos:

- I) Regalías (porcentaje fijo, cuota mínima, posible incremento o decremento según ventas, mixto).
- II) Por servicios diversos.
- III) Contribución de publicidad y mercadotecnia.
- IV) Cargos por servicios especiales como contabilidad, servicio de computación, preparación de facturas, financiamiento, entrenamiento, consultoría, asistencia técnica especializada.

- Pago de renta:

- I) Del inmueble.
- II) Equipo, instalaciones, anuncios, señales.

- Pagos por ventas de:

- I) Equipo, instalaciones, anuncios, señales.
- II) Producto terminado que vende el franquiciario al cliente.
- III) Materia prima, materiales, ingredientes que utiliza el franquiciario.
- IV) Servicios de distribución y comisiones a agentes vendedores.
- V) Material de publicidad.

- Comisiones a terceros proveedores del franquiciario
- Intereses por préstamos al franquiciario.⁷

⁷ *Ibidem*, pp. 12-14.

Transferencia de know-how. Es la obligación de entrenar al franquiciatario para la conducción del negocio y la conducción del trabajo. A cambio, éste debe seguir las instrucciones que ha recibido y actuar de acuerdo con el entrenamiento impartido, que es otro elemento esencial. Este entrenamiento, junto a la asistencia técnica, es lo que permite la uniformidad en el producto o en la prestación del servicio, o simplemente el "saber como" llegar al mismo resultado que el obtenido por el franquiciante. Estas instrucciones pueden referirse incluso a temas tales como la decoración del local, el uniforme de los empleados, la manera de presentación.

Operador de franquicia. Es indispensable la figura del operador de franquicia, ya que este contrato es de tipo personal aunque el franquiciado sea una sociedad. La muerte o incapacidad del dueño u operador de la franquicia (que son condición del otorgamiento), cuando el franquiciado es una sociedad, es causal de rescisión del acuerdo, ya que no necesariamente los herederos del operador están calificados para continuar el negocio.

Territorio. En los contratos de franquicia se establece la zona de actuación del franquiciado. Esa ubicación puede determinar el éxito o fracaso de la operación.

Método operativo. El franquiciante provee asistencia al franquiciado según los términos del acuerdo. Ello suele complementarse con un manual operativo que establece los modos de cooperación e interacción entre ambos.

Generalmente, esa asistencia consiste no sólo en el entrenamiento del personal administrativo, sino también en el asesoramiento para la elección del local de la franquicia, la provisión de especificaciones para los locales y aun su construcción, el asesoramiento para su equipamiento, la provisión de métodos contables, la guía en la selección de trabajadores, así como la actualización periódica de esa asistencia prestada al inicio del contrato.

IV. ELEMENTOS NO ESENCIALES DE LA FRANQUICIA

Además de estos elementos básicos, existen otros que generalmente están presentes y que completan la caracterización del contrato.

Compromiso de asistencia financiera. Por lo general, el franquiciante no compromete capital propio en el negocio del franquiciatario, pero sí lo asesora y muy a menudo lo vincula con bancos o entidades financieras que le proveen los recursos para el equipamiento de la franquicia o su adquisición.

Calidad de los insumos. Interesa al franquiciante constatar que el franquiciatario cumpla con los modelos de operación establecidos, de modo que estén aseguradas la imagen y la calidad de su negocio. Por eso, además de estipularse en el contrato la apariencia que deberán tener los locales, el uniforme de los empleados, su calificación y la calidad y especificaciones del producto vendido, es conveniente establecer pautas sobre los suministros o insumos cuando éstos son provistos por terceros, pautas cuyo cumplimiento el franquiciante tiene derecho a controlar.

Publicidad. La imagen y la presencia del franquiciatario dependen en gran medida de la publicidad y de las relaciones públicas que lo promueven. El contrato de franquicia generalmente establece qué publicidad estará a cargo del franquiciado y cuál corresponderá al franquiciante, así como también la que estará a cargo de todos los franquiciados de una misma región, en forma conjunta.

Cláusulas de no competencia. El franquiciante tiene interés en que se introduzcan en el contrato cláusulas de no competencia, que significan que el franquiciatario no ingresará en negocios competitivos durante el término de la franquicia ni por un periodo posterior a su finalización.

Compras de bienes o servicios. Es común que se pacten restricciones a las compras de bienes o servicios que pueda hacer el franquiciado, como también que éste se comprometa a adquirir una determinada cantidad mínima de productos.

Confidencialidad. Hay una obligación de reserva o secreto, puesto que el franquiciatario tendrá acceso a información confidencial del franquiciante que no puede ser revelada a terceros. Aun concluido el contrato esta obligación perdura por un plazo razonable.

Formas. La Corte de Justicia de la Unión Europea distingue entre franquicia de servicio, de producción y de distribución. La primera es aquella en virtud de la cual el franquiciatario ofrece un servicio con la enseña, la marca y el nombre comercial del franquiciante, adecuándose a sus directivas. En la franquicia de producción o industrial, el franquiciatario fabrica productos que vende con la marca del franquiciante. En la franquicia de distribución, el franquiciado se limita a vender ciertos productos en un negocio que lleva la "enseña" del franquiciante. Recientemente, la Unión Europea ha agrupado los convenios sobre productos o servicios ofrecidos bajo el *business format franchising* y ha dejado la regulación para el futuro.⁸

V. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE

Las obligaciones que nacen del contrato de franquicia para el franquiciante pueden ser muy distintas en virtud de la variedad de productos y negocios que se pueden franquiciar. Es decir, no podrá haber las mismas obligaciones en un contrato de franquicia relativo a "servicios", en el que el franquiciante deberá entregar tecnología propia para la prestación del servicio y quizá tener especial cuidado en la capacitación del personal del franquiciatario con una supervisión más estricta, y en uno "comercial", en el que el franquiciatario se limitará a distribuir o mercantilizar productos que fabrica o distribuye el franquiciante, siendo las obligaciones de este último las de un distribuidor, suministrador o proveedor; y mucho menos en un contrato de franquicia para un producto que debe fabricarse, ensamblarse, prepararse por el franquiciatario, en donde sus obligaciones incluirán la provisión de tecnología, especialmente know-how y asesoría de proveedores, técnicas de fabricación, entre otras.

Sin embargo, no obstante lo anterior, las principales obligaciones del franquiciante en un contrato de franquicia son, en términos generales, las siguientes:

Conceder la licencia de uso de marca. La LPI establece que la marca es "todo signo visible que distinga productos o servicios de

otros de su misma especie en el mercado". Asimismo, dicha Ley al referirse a la franquicia en su art. 142 incluye como elemento esencial esa figura, el que se conceda una licencia de uso de una marca, por tanto, es una de las obligaciones esenciales de ese contrato. Esta obligación tan importante es la que va a distinguir, entre otros elementos, un contrato de suministro, de distribución o de simple transferencia de tecnología, de uno de franquicia, aun cuando en este último aparezcan obligaciones propias de los otros contratos. Al respecto, Cardelús señala: "el franquiciante impone al franquiciatario el uso de su nombre y marca comercial, del mismo modo que exactamente parece que sea un negocio del mismo".

Otorgar licencia de uno o más nombres comerciales o de derechos de autor. El nombre comercial es la denominación con la cual se ostenta ante el público una negociación mercantil. El art. 100 de la LPI define a los nombres comerciales como "las frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, productos o servicios, para distinguirlos de los de su especie.

Asimismo, dicha Ley establece en su art. 105 que el nombre comercial de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios y el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos, sin necesidad de registro. La protección abarcará la zona geográfica de la clientela efectiva de la empresa o establecimiento al que se aplique el nombre comercial y se extenderá a toda la República si existe difusión masiva y constante a nivel nacional del mismo.

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

Del mismo modo, en virtud del contrato de franquicia pueden otorgarse licencias para la explotación de derechos de autor, por ejemplo, en relación con los programas de computación necesarios para la administración o explotación del negocio franquiciado, los manuales mediante los cuales se transmiten conocimientos técnicos y hasta algún personaje ficticio o simbólico.

⁸ Marzorati, Ovaldo J., *Franchising*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 35-39.

Concesión para la explotación de patentes. Se puede definir a la patente como la protección que otorga el Estado al autor de una invención para que éste pueda explotar por sí o por medio de terceros autorizados.

De acuerdo con la LPI, son patentables las invenciones que contengan los siguientes elementos:

1. Que sea nueva.
2. Que sea resultado de una actividad inventiva.
3. Que sea susceptible de aplicación industrial.

La LPI define en su art. 15 la invención como "toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas".

Respecto al contrato de franquicia, cuando el tipo de producto y servicio, materia del arreglo, requiera para la explotación por un tercero la autorización de uso de una o varias patentes, el contrato de franquicia debe incluir como obligación del franquiciante la autorización de aprovechamiento de dichas patentes.

Para cumplir con la obligación antes mencionada, el franquiciante debe especificar las patentes registradas materia del contrato, los productos o procedimientos que ampara y proveer de la tecnología y transmisión de conocimientos al franquiciatario para una eficaz explotación de los mismos.

Transmitir los conocimientos técnicos, la tecnología y en general el know-how para la eficaz explotación del negocio franquiciado. Esta obligación es amplia para el franquiciante y debe estar referida a los conocimientos técnicos que se transmiten, para una eficaz explotación del negocio franquiciado. Esta exigencia tan compleja, amplia y general requiere detallarla en el contrato o en manuales anexos al mismo.

La tecnología constituye un bien intangible o incorpóreo que puede ser objeto de transferencia. La transmisión de conocimientos conocidos como know-how, es otro de los elementos más importantes del contrato de franquicia. Este concepto comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños o especificaciones que incluyen secre-

tos comerciales y que comprenden generalmente la experiencia técnica acumulada y la habilidad práctica y que, probablemente, sólo pueda transmitirse por medio de servicios personales.

Este concepto incluye también la destreza, pericia y habilidad desarrolladas en el uso de la tecnología. Los medios o procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología pueden ser muy variados y cambiar durante la vigencia del contrato respecto a la diversa tecnología que el franquiciatario requiere en las distintas etapas que pueden desarrollarse en el contrato de franquicia en relación con la transmisión de tecnología, conocimientos técnicos y know-how pueden citarse:

1. *Proporcionar información oral o escrita sobre el lugar geográfico conveniente para la instalación del establecimiento o lugares concretos donde se va a explotar la franquicia.* Esta obligación suele incluir la aprobación de los diseños, decoración, equipo, instalaciones, estándares, distribución de planta, especificaciones, normas, mobiliario, signos distintivos, publicidad externa, etcétera.
2. *Enviar manuales, guías, procedimientos de operación de la negociación e información completa que permita la óptima explotación del negocio.* Los manuales adquieren una gran importancia en virtud de que son uno de los soportes o bases más fuertes que el franquiciatario recibirá, ya que, como complemento a la capacitación, los manuales detallarán la variedad de conocimientos operativos del negocio franquiciado que el franquiciante elaboró después de años de operación y de experiencia. Dichos manuales deberán contener todas las prácticas, pasos y fórmulas por los que se tendrá que regir el franquiciatario para alcanzar el éxito en su nuevo negocio. Los manuales deberán incluir, entre otras cosas, la filosofía de la empresa, sus objetivos, la instalación del negocio, el uso de la marca, el manejo de los productos, la forma de utilizar los conocimientos proporcionados, los métodos de limpieza, organización, administración, reportes y controles. En fin, las responsabilidades del franquiciatario y sus empleados. El éxito de los manuales radica en que se cubra la totalidad de las funciones que se llevarán a cabo en el manejo eficiente de una

franquicia, dejando nulo espacio a la creatividad y a la invención (González Calvillo).

3. *Enviar técnicos, supervisores y personal calificado y con experiencia que conozca la explotación del negocio para efecto de capacitar a las personas que por parte del franquiciatario explotarán y llevarán a cabo la operación del negocio.* En algunos casos, hay programas de capacitación y entrenamiento previamente desarrollados por el franquiciante, por ejemplo, en el caso de McDonald's en el que existe "La Universidad de la Hamburguesa", ubicado en la ciudad de Chicago con una sucursal en Japón.⁹
4. *Prestar asistencia técnica y toda clase de asesoría útil y necesaria al franquiciatario para la aplicación de la tecnología.* Esta obligación debe cumplirse durante la vigencia de todo el contrato a solicitud del franquiciatario o cuando el franquiciante lo juzgue oportuno. "No sólo es necesario transmitir al franquiciatario unos conocimientos técnicos, sino que deben ir acompañados de soportes materiales como documentación, videos, etc. y también de un manual operativo, permanentemente actualizado, completándose con cursos de formación personal, ya que el *training* o la formación del personal es considerado por muchos franquiciatarios como el elemento más importante de las obligaciones del franquiciante.
5. *Determinar estándares de calidad, obligación del franquiciante, que es también complemento de su derecho a inspeccionar y supervisar periódicamente al franquiciatario.* El franquiciante debe buscar, en todo momento, "la uniformidad del producto o servicio" que el franquiciatario presta amparado por las marcas y nombres comerciales cuyo uso se autoriza en el contrato. Los estándares de calidad del producto y servicio objeto de la franquicia pueden variar durante la vigencia del contrato y el franquiciante debe notificarlo oportunamente al franquiciatario. "En el *franchising* es básico para conseguir la homogeneidad del producto que el franquiciante tenga la facultad de controlar el proceso de calidad del producto o servicio para no desprestigiarse ante sus clientes (Cardelús y Gassiot).

Proporcionar la información sobre el estado que guarda la empresa. Esta obligación tiene como antecedente la legislación de Estados Unidos, misma en la que se plasma que toda empresa que ofrezca una franquicia deberá dar a conocer información que le permita a los posibles candidatos conocer dicha empresa y sus características más importantes. Esta exigencia se originó a efecto de terminar con la posibilidad de fraudes por parte de supuestos franquiciantes que vendían a franquiciatarios de buena fe "franquicias fantasma o inexistentes", poniendo en riesgo a miles de inversionistas en el país (González Calvillo). Esta obligación, ya estaba prevista en el art. 142 de la LPI, se fortalece con la reforma de 2006, señalando al efecto que "quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien la pretenda conceder, por lo menos con treinta días previos a la celebración del contrato respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de la ley. La falta de veracidad en la información a que se refiere el párrafo anterior dará derecho al franquiciatario, además de exigir la nulidad del contrato, a demandar el pago de los daños y perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento. Este derecho podrá ejercerlo el franquiciatario durante un año a partir de la celebración del contrato. Después de transcurrido este plazo sólo se tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato".

Exclusividad. La exclusividad es un elemento que normalmente se da en el contrato de franquicia. Desde un punto de vista negativo, ésta representa una limitación a la libertad contractual al imponer al franquiciante la obligación de no celebrar contrato alguno con persona distinta al franquiciatario. La obligación por parte del franquiciante de otorgar y respetar cierta exclusividad al franquiciatario comprende determinado territorio, lo que supone un área determinada de influencia y acción para el franquiciante, conforme a la cual estima y proyecta sus actividades, ventas y utilidades; dicho territorio puede comprender desde una zona de una ciudad hasta un país entero. Esta exclusividad generalmente está limitada por un plazo.

En relación con la exclusividad de espacio geográfico en que el franquiciatario ejerce su privilegio de explotar la franquicia concedida, cabe destacar las diversas clases de contratos que existen:

⁹ Torres de la Rosa, Alejandra, *op. cit.*, pp. 59 a 64.

1. *Franquicia unitaria o individual*. Se refiere a la franquicia que se otorga para un solo establecimiento específico.
2. *Área de desarrollo de franquicia (master franchise)*. Se entiende como el territorio en donde el franquiciatario tiene el derecho exclusivo de abrir un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico.
3. *Contrato de opción*. Por medio del cual el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un establecimiento y, por una cuota adicional, puede abrir otro establecimiento o más en un plazo señalado en la opción.
4. *Subfranquicia*. Éste se asemeja a la franquicia de área de desarrollo, excepto que el franquiciatario/subfranquiciante otorga el derecho y, generalmente la obligación, de vender franquicias dentro del territorio exclusivo que se le ha concedido, mediante la adquisición de una franquicia maestra.
5. *Conversión a franquicia*. Se trata de un programa que tiene como objetivo el convertir o incluir dentro de un sistema de franquicia a establecimientos independientes que ya existen y están operando.

Otras obligaciones por parte del franquiciante que pueden desprenderse del contrato son las siguientes:

1. En el caso de que la franquicia se refiera a un negocio de naturaleza comercial en donde el franquiciatario requiera del producto fabricado o suministrado por el franquiciante para la explotación del negocio, éste tendrá las obligaciones propias de un suministrador (entregar periódicamente el producto en el volumen, cantidades, plazos y establecimientos pactados). Los gastos de entrega, en principio, son por cuenta del franquiciatario, aunque pueden estar incluidos en el precio.
2. Respecto a los contratos de franquicia en los cuales el concesionario es distribuidor, el franquiciante puede otorgar en comodato el uso de equipo o instalaciones apropiadas para la explotación del negocio franquiciado. Los gastos de mantenimiento o reparaciones deben pactarse a quien corresponden.
3. En algunos casos, realizar la publicidad necesaria para la venta o conocimiento del producto o servicio materia de la fran-

- quicia. En estos gastos de publicidad, puede obligarse al franquiciatario a colaborar con la aportación de un porcentaje de sus ventas por este concepto.
4. En ciertos contratos, y cuando el desarrollo del contrato o del negocio lo requiere, procesar la información contable, financiera, de producción y comercial del franquiciatario.
5. En algunos contratos el franquiciante, se obliga a financiar al franquiciatario, o por lo menos, a auxiliarlo en la obtención de financiamiento para el desarrollo de la franquicia.

Asimismo, el franquiciante tiene a su vez, durante toda la vigencia del contrato de franquicia, un derecho para inspeccionar, supervisar y conocer en detalle la operación y el desarrollo de la explotación del negocio franquiciado por parte del franquiciatario; por ejemplo, el establecimiento del franquiciatario; la prestación del servicio o la venta de los productos; pedir muestras o tomarlas para hacer los análisis correspondientes a fin de verificar la calidad del producto; promocionar; analizar la información financiera, contable, administrativa, laboral, etc. Este derecho tiene como finalidad determinar el cumplimiento del contrato de franquicia, la correcta aplicación de la tecnología transmitida, la uniformidad y calidad del servicio y producto objeto de la franquicia. Por tanto, este derecho no puede obstaculizar la operación normal de la negociación.¹⁰

VI. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO

Pagar la contraprestación. Una de las obligaciones más importantes del franquiciatario es pagar la contraprestación pactada, de acuerdo con lo expuesto anteriormente.

El monto (porcentaje) de las regalías depende de una serie de factores entre los que figuran el valor y penetración de la marca o nombre comercial en un mercado en particular, así como el valor de los conocimientos que le son transferidos por el franquiciante.

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

¹⁰ *Ibidem*, pp. 65-67.

sino tiene, en ocasiones, el deber o la obligación de usarlas. La falta de uso de las marcas como usuario autorizado para determinado país o territorio puede, originar que las marcas caduquen para su titular por falta de uso, tal y como lo establece la LPI en su art. 141, esto es, que el uso de la marca por el usuario que tenga concedida licencia inscrita en el IMPI, se considerará realizado por el titular de la marca.

El art. 152 señala que el registro caducará cuando la marca haya dejado de usarse durante los tres años consecutivos inmediatos anteriores a la solicitud de declaración administrativa de caducidad, salvo que exista causa justificada a juicio del IMPI (fracción II).

Es muy importante el llevar a cabo una investigación independiente ante la autoridad correspondiente, a efecto de cerciorarse que efectivamente las marcas se encuentran debidamente registradas en México y, asimismo, determinar si la persona con la que se pretende celebrar el contrato de franquicia cuenta con la licencia de la marca respectiva (González Calvillo).

Usar los nombres comerciales y explotar las patentes. Igual que con las marcas, el franquiciatario tiene derecho a usar los nombres comerciales (y los avisos comerciales) así como explotar las patentes, e incluso la falta de uso del nombre comercial o de las patentes también llega a perderse en caso de no usarse según el plazo que señala la LPI.

Situar el establecimiento con aprobación del franquiciante. El franquiciatario debe seleccionar y determinar el lugar donde se ubicará el establecimiento para la explotación del negocio franquiciado, sujeto a la aprobación y a las especificaciones de construcción, instalación, decoración, publicidad, distribución del local, mobiliario, equipo, etc., que señale el franquiciante a través del contrato de franquicia.

Cumplir con los requerimientos técnicos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos. El uso de la tecnología, su aplicación en la explotación de la negociación así como sus implicaciones establecidas por parte del franquiciante. Los detalles del cumplimiento de esta obligación deben concretarse en cada contrato. El franquiciatario

se obliga a cumplir las instrucciones del franquiciante, las cuales pueden variar durante la vigencia del contrato.

Otorgar información financiera y contable, así como permitir inspecciones. En la mayoría de los contratos, existe la obligación del franquiciatario de informar al franquiciante sobre el desarrollo de la franquicia en todos sus aspectos. Esto tiene finalidades múltiples, como son: determinar las regalías periódicas, la verificación de la uniformidad de los productos o servicios prestados, el determinar la necesidad de que el franquiciante facilite mayor asistencia técnica, o señale métodos más eficaces para la aplicación de la tecnología.

El informe —señala Torres de la Rosa— es básicamente financiero en relación a los resultados de la negociación, es decir, ventas, costos, utilidades y productos vendidos. Esta obligación incluye enviar anualmente estados financieros de la negociación, auditados por un despacho de contadores elegido, generalmente, por el franquiciante.

Asimismo, durante la vigencia del contrato, el franquiciante tiene el derecho de inspeccionar, supervisar y conocer en detalle la operación y desarrollo de la explotación del negocio franquiciado por el franquiciatario. Este derecho puede ser muy amplio, y mayoritariamente, incluye: inspeccionar y supervisar en cualquier momento el establecimiento del franquiciatario, así como la prestación del servicio o la venta de productos; pedir muestras a efecto de realizar el análisis de calidad y uniformidad correspondientes, solicitar información adicional para conocer algún aspecto en detalle sobre la operación del negocio, conocer la comercialización, publicidad y sistemas de ventas del franquiciatario; analizar la información financiera, contable, administrativa, laboral y fiscal del franquiciatario; y todos los elementos necesarios para la explotación y organización del negocio franquiciado.

Cabe señalar que, a pesar de que este derecho lo ejerce el franquiciante, puede pactarse que pueda delegarlo en personas que él designe, tales como técnicos o profesionistas especializados en determinada área de operación de la negociación; por ejemplo, en materia de contabilidad, puede enviar a un despacho de contadores dedicados a auditorías.

Cumplir con las especificaciones sobre la organización y buen funcionamiento del negocio. Esta obligación es sumamente amplia,

pues supone que durante la operación de la negociación deberá ajustar su actuación en diferentes áreas de administración y organización, a lo que establezca. Dichas obligaciones pueden ser:

- Seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación.
- Preparar y seguir los sistemas de contabilidad y los reportes financieros en la forma que señale el franquiciante.
- Contratar determinada clase de personas y someterlas a entrenamiento.
- Mantener un mínimo de horas diarias de servicio a clientes.
- Reacondicionar y renovar periódicamente el local y mantenerlo en determinadas condiciones, por ejemplo, de higiene.
- Adquirir del franquiciante, o de determinados proveedores, cierta materia prima, equipo, partes, productos, servicios.
- Vender a los precios y condiciones que el franquiciante señale.

Guardar secreto. Es interesante comentar, en primer término, que este punto ha tomado por sorpresa a un gran número de franquiciarios de nuestro país. Sin duda, el valor de la información y conocimientos que el franquiciante pone a disposición del franquiciario es, quizá, tan importante o, en algunos casos, aun más importante que la marca o nombre comercial que se le otorga al franquiciario.

Así pues, en el caso de las franquicias, es de gran importancia la obligación que asume el franquiciario de no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología o la operación misma de la negociación, o de la propia franquicia. Esto implica no comunicar o usar, en beneficio que no sea del franquiciario, la tecnología, conocimientos, know-how y cualquier otra clase de información recibida del franquiciante, no sólo durante la vigencia del contrato, sino inclusive después de la fecha de su terminación.

De acuerdo con el art. 82 de la LPI se “considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

Por su parte, el art. 83 de la citada ley, establece que dicha información “deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas y otros instrumentos similares”.

Adicionalmente, se dispone en el art. 84 de la referida ley que un secreto industrial podrá ser transmitido a tercero, el cual tendrá la obligación de no divulgarlo por ningún medio, añadiendo: “En los convenios por los que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos industriales que contemplen, las cuales deberán precisar los aspectos que comprenden como confidenciales.

No vender o explotar otros productos o servicios. El franquiciario es, en principio, un usuario exclusivo de la tecnología y solamente podrá utilizarla para explotar un negocio en los términos en los que se contrató la franquicia. La obligación es la de fabricar, vender u ofrecer los productos y servicios que son materia del contrato, con prohibición de vender bienes o productos distintos. El incumplimiento de esta obligación puede afectar la organización del franquiciante, pues viola el principio de uniformidad de producto y servicio que ofrecen todos los franquiciarios.

No ceder, traspasar o subarrendar. Como el contrato de franquicia es *intuitu personae* el franquiciario no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia sin autorización expresa del franquiciante. Algunas disposiciones de diversos estados de la Unión Americana prohíben la cesión de los derechos del franquiciario cuando el franquiciante no está involucrado en la transacción. En Arkansas, por ejemplo, se requiere de ciertos procedimientos del franquiciario y del franquiciante para que opere una cesión o transferencia de la franquicia. Las disposiciones de este estado establecen, entre otras reglas, que es necesario que el franquiciario notifique por escrito al franquiciante de su intención de transmitir los derechos derivados del contrato de franquicia, así como el nombre, domicilio, situación financiera y experiencia en el negocio del posible adquirente, durante los últimos cinco años; después de este aviso, el franquiciante tiene sesenta días para aceptar por escrito la cesión o para conside-

rarla inaceptable, explicando algunas razones: si el franquiciante no responde en sesenta días, se entiende concedida la autorización al franquiciatario; éste debe aceptar, por escrito cumplir con todos los requerimientos de la franquicia que impone el franquiciante (Caffey y Kaufmann).¹¹

En el contrato de franquicia, es necesario establecer que, en caso de permitirse la transmisión de los derechos del contrato, esta operación tenga como modalidad el que el franquiciante posea preferencia para adquirir dicha franquicia, o para señalar un adquirente de la misma que, a su juicio, sea capaz para ser franquiciatario, ya que es probable que los franquiciatarios tengan derecho de opción para adquirir nuevas franquicias.

La cesión o transferencia de franquicia constituye, jurídicamente, una verdadera cesión del contrato en la que se sustituye al franquiciatario por otro sujeto en la titularidad de la relación jurídica derivada del contrato. Resulta obvio que el contrato de franquicia no es materia de la cesión, sino tan sólo los efectos (derechos y obligaciones de las partes contratantes) que derivan del contrato. Debido a que esta figura no se encuentra reglamentada en el derecho mexicano, resultan aplicables, por analogía (nosotros diríamos que por supletoriedad), las normas sobre cesión de derechos establecidas en los artículos 2029 a 2050 de nuestro Código Civil, estipulado en dicho cuerpo legal.

Conservar la calidad. Conforme al art. 139 de la LPI, "los productos que se vendan o los servicios que se presten por el usuario deberán ser de la misma calidad que los fabricados o prestados por el titular de la marca".

Esta obligación de conservar la calidad es el fundamento de la licencia de marca, ya que, en su concepto actual, la marca es un indicador de la calidad. Con el objeto de verificar el cumplimiento de esta obligación, generalmente en los contratos de franquicia se establece la facultad para que el franquiciante inspeccione el lugar donde se producen los bienes o se prestan los servicios materia del contrato, obligándose el franquiciatario a proporcionarle muestras de la producción corriente.

¹¹ *Ibidem*, pp. 68-74.

Cooperar con la publicidad. En algunos productos o servicios, la publicidad que realiza el franquiciante beneficia a todos los franquiciatarios, de manera que algunas veces impone a éstos la obligación de contribuir a los gastos de publicidad. Esta cooperación puede ser para una publicidad de la empresa del franquiciante y con mucha frecuencia. La publicidad puede ser local cuando corresponde directamente a los concesionarios de determinado territorio. También puede obligarse al franquiciatario a gastar o invertir en publicidad una cantidad determinada de sus ventas o utilidades en publicidad propia.

Aceptar inspecciones. Esta es la obligación correlativa al derecho que tiene el franquiciante a inspeccionar y supervisar el negocio franquiciado; por tanto, el franquiciatario tiene la obligación de aceptar y colaborar en las inspecciones, visitas, supervisiones, auditorías, etc., que hace el franquiciante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de las directrices, normas e instrucciones.

Inscribir el contrato en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Esta obligación se refiere a realizar todos los trámites necesarios para que el contrato de franquicia quede registrado ante el IMPI, en el caso de México, y tenga plena validez en nuestro país.

A la terminación del contrato existen obligaciones que surten efectos aun después de terminado el contrato de franquicia. Un claro ejemplo es que el franquiciatario tiene la obligación de discontinuar el uso de la franquicia que supone el desuso de las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de las patentes, así como los derechos de autor y toda la tecnología proporcionada por el franquiciante (esta cláusula se estima violatoria de la legislación de competencia económica); el franquiciatario dejar de operar la negociación mercantil y dejar de hacer negocios bajo el nombre del franquiciante o de cualquier otra forma que pueda causar confusión al público y a los consumidores que crean que sigue existiendo la relación de la franquicia.¹²

La cláusula de no competir se considera violatoria de la competencia, pues la misma solamente tiene sentido cuando dure la fran-

¹² *Ibidem*, pp. 74-76.

quicia; una vez adquirido el know-how debe tener derecho a explotar el negocio bajo otras razones y signos comerciales.

Por lo general, en los contratos de franquicia se acuerda que el franquiciatario guardará secretos y no se dedicará a ninguna actividad igual o semejante a la llevada a cabo en el negocio franquiciado por un tiempo determinado posterior a la terminación del contrato.

Sin embargo, esta obligación puede tener problemas en su cumplimiento en las sanciones correspondientes al franquiciatario incumplido, especialmente cuando el contrato concluya antes del plazo señalado por causas de terminación provocadas por el franquiciatario, ya que, en este caso, la fuente de las obligaciones se habría dado por terminada.

Ahora bien, es recomendable para prever el caso de que el contrato pudiera darse por terminado por rescisión o nulidad, la celebración de un contrato por separado, en que se obligue al franquiciatario a discontinuar el uso de marcas, nombres y avisos comerciales, patentes, derechos de autor y la tecnología; a no dedicarse a la misma actividad (que estimamos es contraria a la competencia económica); a no divulgar secretos, etc; y establecer que en caso de que, por cualquier motivo, el contrato se rescinda o se declare nulo, y el franquiciatario no cumpla con lo señalado, tendrá la obligación de pagar una pena convencional al franquiciante.¹³

VII. EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia está integrado por dos conjuntos de normas: las relativas a las prácticas restrictivas de la competencia y las referentes a competencia desleal. Las normas están inspiradas en la legislación de la Unión Europea.

Las conductas consideradas como prácticas restrictivas de la competencia en nuestro derecho son:

- a) Los acuerdos contrarios a la libre competencia, que impliquen la acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar

¹³ *Ibidem*, p. 77.

el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores (art. 10, frac. XI, de la Ley Federal de Competencia Económica, LFCE).

- b) Los contratos relacionados con la competencia desleal (art. 213, frac. I, LPI).

A continuación procederemos a desarrollar el primer grupo de conductas en relación con el contrato de franquicia.

Se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes:

1. Los que tengan por objeto o tengan por efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o efecto la limitación de los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras conductas.
8. Los que tengan por objeto o efecto abstenerse de producir un bien o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto o efecto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto u objeto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos en las propuestas.
10. Los que tengan por objeto o efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.
11. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista su intención de rebajar los precios.

12. Negarse a vender o a prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.¹⁴

Abuso de posición dominante en los contratos de franquicia

El abuso de posición dominante en el contrato de franquicia constituye una categoría independiente o especial del abuso de posición dominante. Por ello, hemos considerado pertinente definir en primer lugar, qué es el abuso de posición dominante (o sustancial), para luego mencionar las conductas que se consideran como tal, aplicables a los supuestos de las franquicias:

“En el caso Hoffman-La Roche, la Corte Europea de Justicia observó que ese abuso se configura cuando una empresa que goza una situación de dominio en el correspondiente mercado actúa en forma tal que el grado de competencia es debilitado y, mediante la utilización de métodos diferentes de los que condicionan la competencia normal respecto de bienes o servicios, sobre la base de las operaciones de los operadores comerciales, tiene el efecto de dificultar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el crecimiento de tal competencia” (Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca).

“En el caso Continental Can el mismo tribunal expuso un concepto de abuso con aplicabilidad más limitada, al indicar, con relación a una operación de concentración empresarial, que aquél puede resultar de que “una empresa en posición dominante refuerce tal posición al punto de que el grado de dominio así logrado represente un obstáculo sustancial para la concurrencia, en el sentido de dejar de subsistir solamente a empresas dependientes, por su comportamiento, respecto a la empresa dominante” (Cabanellas de las Cuevas).

La Comisión de las Comunidades Europeas ha dado definiciones más amplias que las anteriores, respecto del concepto abuso de posición dominante, aunque sin relación con casos concretos a ella so-

¹⁴ López Guzmán, Fabián, *El contrato de franquicia internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 618 y 619.

metidos. Así, ha indicado que “hay explotación abusiva cuando el comportamiento de una empresa es objetivamente contrario a los objetivos fijados en el Tratado de Roma. Las prácticas abusivas de una empresa dominante se pueden manifestar en relación a sus concurrentes generales o potenciales, sus proveedores o usuarios. Como no existe definición general del abuso, su existencia debe ser apreciada cada vez en función de los objetivos de la norma legal donde figura esa noción (*idem*).

La posición dominante ha sido definida en los siguientes términos: “Las empresas se encuentran en una posición de dominio cuando, debido a su participación de mercado, o a la combinación de ésta con la disponibilidad de los conocimientos técnicos, materias primas o capital, tienen el poder de determinar los precios o controlar la producción para una parte significativa de los productos en cuestión. En el caso United Brands, la Corte Europea de Justicia indicó que la posición dominante “se relaciona a una posición de poder económico gozada por una empresa, que le permita evitar que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante, por contar con la posibilidad de conducirse en forma independiente de sus consumidores, clientes, y en última instancia de sus competidores (*idem*).

En la legislación colombiana se ha seguido el mismo criterio. Así pues, la posición dominante está definida en Colombia como la capacidad que tiene una empresa para poder determinar directa o indirectamente, los precios o las condiciones dentro de un segmento de mercado. Ahora bien, para establecer si una empresa ostenta una posición dominante en el mercado, se analiza el mercado relevante (como en México), es decir, el segmento específico de la economía que se puede ver afectado con esa práctica. El mercado relevante se refiere al grupo de productos y al área en donde la presunta conducta restrictiva tiene incidencia, en otras palabras, es el bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia. Asimismo, el mercado relevante está compuesto por dos elementos: el primero, por el mercado producto, el segundo por el mercado territorio, o sea, que uno está referido a los bienes y servicios que oferta una empresa (franquicia), y el otro, al territorio o zona donde se ofrecen dichos bienes o servicios. Estos son los criterios que se tienen en cuenta para determinar si una empresa ostenta o no una posición de dominio en el mercado, los cuales, no sobra decirlo, se aplican también a las

franquicias. Constituyen abuso de posición dominante las siguientes conductas:

La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

La aplicación de condiciones discriminatorias que tengan por objeto o efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones suplementarias, que por su naturaleza, no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo dispuesto por otras disposiciones.

La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador, cuando sea con la condición de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio a un precio diferente a aquel que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de una transacción. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de distribución.¹⁵

En términos generales, se puede señalar que para que existan prácticas monopólicas en la realización de contratos de franquicia en nuestro país es sumamente difícil, ya que el tenedor de la franquicia debe ostentar poder sustancial en el mercado relevante, y generalmente los franquiciantes no poseen el citado poder, por lo que es difícil que se actualicen los supuestos del artículo 10 de la LFCE. Mencionaríamos como la principal la obligación de no desarrollar tecnología propia bajo prohibición del franquiciante al franquiciatario, lo cual tiende a encarecer el proceso productivo (al no poder prestar servicios más baratos en caso de terminación del contrato de franquicia a terceros, art. 10, frac. XI, LFCE).

¹⁵ *Ibidem*, pp. 622-625.