

BREVES CONSIDERACIONES ECONÓMICAS SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Por: ILDEFONSO LEDESMA URIBE

SUMARIO

Introducción. I. El concepto y descripción de la franquicia.
II. Clases de franquicia. III. Características. IV. Características económicas y comerciales. V. Relaciones entre las partes. VI. Consideraciones finales.

INTRODUCCIÓN

El contrato de franquicia, proveniente de los Estados Unidos de América ha tenido un gran auge y aplicación, por lo que actualmente constituye una práctica mundial en muy diversos y variados negocios.

En México, la franquicia se comenzó a utilizar como un contrato innominado o atípico y se ha incluido en diversos ordenamientos legales, más como consecuencia de la necesidad de proteger determinados intereses que por razones de conveniencia jurídica y económica.

En efecto, la Ley Federal de Protección al Consumidor se refiere a este contrato con la finalidad de proteger los intereses y los derechos de los consumidores; la Ley Federal de Competencia Económica en lo relativo a aspectos de competencia y monopolios; la Ley de Inversión Extranjera, de una manera indirecta en cuanto al fomento y regulación de esta actividad y recientemente la Ley de la Propiedad Industrial reglamenta en forma descriptiva este contrato en atención a licencias, transmisión de derechos, atentes, marcas y nombres comerciales.

La necesidad en la creación de nuevas formas de negocios es la razón principal en las franquicias e inclusive, se han formado asociaciones nacionales de franquicias (en México se constituyó en 1989), agrupadas en un asociación

internacional que proporcionan a sus asociados, entre otros servicios, información, actualización de franquicias y nuevas modalidades, lo que permite una uniformidad en los aspectos sustanciales y, a la vez, una diversidad en sus modalidades.

En México se ha considerado a las franquicias como una buena alternativa de inversión, tanto para las nacionales como para las que provienen del extranjero, las cuales tuvieron gran auge desde las negociaciones del Tratado de Libre Comercio aunque, debido a la situación económica actual, no sólo han disminuido sino que algunos establecimientos de franquicias han quebrado y otras se han liquidado y cancelado.

Junto con la franquicia existen nuevas actividades económicas, como el arrendamiento financiero (*leasing*), el factoraje (*factoring*) y el tiempo compartido (*time sharing*), que se comenzaron a aplicar como contratos atípicos por las ventajas que ofrecen para resolver nuevas formas concretas de negocios.

Una vez celebrados estos contratos, suelen producir conflictos tanto en su interpretación como en su cumplimiento y, a veces hasta en su integración por la falta de experiencia, por lo que su solución puede darse en procedimientos arbitrales o mediante el órgano jurisdiccional.

Por ello, se impone la necesidad de regular estos contratos y es así como se reforman y adicionan las leyes relativas y, de esta manera, se incorporan en las diversas ramas de la legislación en las que estas actividades económicas tengan repercusión como son las de carácter, mercantil, fiscal, administrativa, económica, internacional, inversión extranjera, protección de los consumidores y otros.

Estos contratos atípicos constituyen un ejemplo más de que la evolución económica de estas figuras es más dinámica que el derecho escrito, que, a la postre, los incorpora y regula.

Este ensayo no tiene el objeto de exponer la franquicia como un contrato mercantil, sino expresar conceptos económicos pertinentes.

De acuerdo con las ideas anteriores, se expondrá el concepto y descripción de la franquicia; las diferentes clases, sus características, las obligaciones entre las partes y otros aspectos relacionados, formulándose comentarios desde el punto de vista económico, como la práctica monopólica, la desigualdad entre las partes que involucra a los costes de transacción y de monitoreo y la teoría del principal y agente.

I. EL CONCEPTO Y DESCRIPCIÓN DE LA FRANQUICIA

Como se indicó anteriormente, la franquicia fue incorporada en la legislación mexicana mediante diversas leyes y es propiamente en la Ley de la Propiedad Industrial que inició su vigencia el 1 de octubre de 1994, en la que se define¹ al disponer que existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca

¹ Artículo 142.

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.

Por otra parte, quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretende conceder, previamente a la celebración del convenio respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa.

Esta ley no define de una manera específica a las partes y, aunque en nuestro país se utilizan los términos franquiciante y franquiciatario, en este ensayo por razones de uniformidad con la terminología utilizada en países hispanoamericanos, se les denominará *franquiciante* y *franquiciado*.

En la definición anterior se comienza a observar la desigualdad que existe entre las partes contratantes, por la situación de privilegio que tiene el franquiciante al otorgar las franquicias y por las facultades de supervisión que le corresponden derivadas de las obligaciones asumidas por las partes.

En su sentido inicial y más amplio, la franquicia es una licencia del propietario de una marca o patente mediante la cual permite que otro venda un producto o un servicio bajo ese nombre o marca; actualmente se ha convertido también en un contrato más elaborado por el cual el franquiciado se compromete a operar un negocio o vender un producto o servicio conforme a los métodos y procedimientos que establezca el franquiciante, quien a su vez se obliga a proporcionar asistencia al franquiciado a través de promoción, publicidad y otros servicios de asesoría.²

En el primer caso se trata de la llamada "franquicia de producto o marca" y en el segundo de la "franquicia de negocio". El primero surge en su expresión más simple y el segundo incluye no sólo la autorización para el uso de la marca sino también una serie de prestaciones adicionales que tienden a una integralidad del negocio con servicios tan variados como la promoción, publicidad, y otros servicios entre los cuales se pueden mencionar los relativos a la construcción, instalación equipamiento, operación, sistemas de venta y hasta compras de productos.

En la doctrina española se define como un contrato mercantil, por el cual una de las partes "franquiciante", cede a otra "franquiciado", un producto, unos conocimientos técnicos para la explotación de aquél y un asesoramiento constante y, en contraprestación, percibe del franquiciado un precio inicial más un porcentaje sobre sus ventas o sólo éste último.³

² Arce Gargollo, Javier, *El Contrato de Franquicia*, Editorial Themis, México, 1995, p. 33.

³ Cardelús I Gassiot, Lluís, *El Contrato de Franchising*, Editorial PPU, Barcelona, España, 1988, tomo II, p. 175.

II. CLASES DE FRANQUICIA

Como se indicó, además de la franquicia de producto (*product franchising*) y de la franquicia de negocio, llamada también de paquete o de negocio llave en mano (*business format franchising*), se pueden considerar, entre otras las siguientes clases:

- a) Franquicia de servicio (*service franchising*) mediante la cual se suministra un servicio como conceptualización de una técnica o normativa determinadas.
- b) Franquicia de distribución. En estos casos, el franquiciante fija al franquiciado los productos que tiene que vender, con la aportación de una marca o enseña de la cadena de comercialización y varios servicios de organización y venta.
- c) En cuanto a la exclusividad y al espacio geográfico:
 - Franquicia unitaria en la que el franquiciado tiene el derecho de abrir y operar un solo establecimiento, usualmente en una localidad específica en un territorio designado.
 - Área de desarrollo de franquicia (*master franchise*), donde el franquiciado tiene el derecho exclusivo de abrir un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico.
 - Contrato de opción en el que el franquiciado tiene el derecho de abrir y operar un establecimiento y, por una cuota adicional, puede abrir otro establecimiento más o varios establecimientos; adicionales en un plazo futuro señalado en la opción. Usualmente el precio o cuota de opción adicional para el nuevo establecimiento es ventajoso para el franquiciado.
 - Subfranquicia. Se asemeja a la franquicia de área de desarrollo, excepto que el franquiciado/subfranquiciante otorga el derecho (y generalmente la obligación) de vender franquicias dentro del territorio exclusivo que se le ha concedido.
 - 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.

III. CARACTERÍSTICAS

Este contrato puede contener diversidad de características dependiendo de su simpleza o complejidad. En la exposición de estas características se formularán consideraciones económicas.

III.1. Licencias sobre marcas y patentes: Se trata de un contrato por el cual el franquiciante concede al franquiciado el derecho de usar una marca,

una patente o de explotar una negociación mercantil en uno o varios establecimientos. Por consiguiente, se establece un monopolio que da lugar a una competencia imperfecta por diferencia del producto respecto a otros homogéneos. Este elemento aparentemente negativo no afecta al mercado en virtud de que el consumidor tiene la oportunidad de elegir entre varios productos de diferentes franquicias, y por otra parte, existe un elemento positivo al reducirse los costes de transacción por definirse claramente el tipo de producto sin requerir de mayor información.

Como comentario adicional, en la Ley Española de Marcas, se establece que éstas sirven de protección a los consumidores y al respecto Francisco Cabrillo sostiene atinadamente que esta idea no es clara aunque se reducen las posibilidades de engañar al consumidor.⁴

Cuando la franquicia se limita a la marca, el problema es de competencia monopolística en atención a las características del producto que lo diferencia de otro y no por el número de oferentes. Estas características pueden ser técnicas o subjetivas, en el primer caso por su calidad, duración, tecnología, etc. y en el segundo por apreciaciones de los clientes que consideran benéfico para su prestigio o *status* el uso de una marca determinada.

III.2. Tecnología: La tecnología permite mejorar el funcionamiento de la franquicia y beneficia tanto al franquiciante como a todos los franquiciados. Esta tecnología se refiere a las características propias del producto, publicidad, sistemas de mercado, comercialización y conocimientos especializados que agregan valor a las franquicias, como la llamada tecnología de punta.

Los costes de la tecnología suelen ser muy elevados, en razón de la inversión que se efectúa para lograrla así como del grado de avance de la misma, la tecnología superada u obsoleta pierde su valor o cuando menos, lo reduce considerablemente. Es por ello que al incluirse los costes de tecnología, y distribuirse entre todos los franquiciados, resultan ser menores para cada uno de ellos y, como contrapartida, resultan una inversión redituable para todos pues se incrementan las ventas.

Respecto al franquiciante también le es benéfico porque aumenta el valor de las franquicias, tanto las otorgadas como las futuras, lo que se toma en cuenta como un valor agregado (*plus value*) al momento de su renegociación y al otorgamiento de nuevas.

La tecnología (*know how*) se puede referir a una gran variedad de métodos y sistemas: como ejemplos se pueden citar los conocimientos especializados relativos a normas, manuales, guías, capacitación de personal, aspectos de operación, canales de distribución y comercialización, imágenes corporativas y comerciales, publicidad y otros.

⁴ Apuntes tomados en la cátedra doctoral de Derecho Económico, impartida en la Universidad Anáhuac, México, 1996.

III.3. Exclusividad: Esta característica, íntimamente relacionada con la actividad monopólica y que se comenta en el apartado siguiente, resulta ser una de las de mayor consideración, ya que se refiere a un territorio o a varios, dependiendo si el franquiciado tenga uno o más establecimientos. La exclusividad implica una seguridad y un beneficio para el franquiciado ya que el franquiciante no puede otorgar otras en ese 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.

III.4. Monopolio: La exclusividad está relacionada a la creación de un monopolio desde el punto de vista económico, ya sea que esté referida a un territorio determinado o a uno o varios establecimientos identificados geográficamente; precisamente la exclusividad es el punto de identificación con la característica de monopolio.

En este sentido el artículo 9 de la Ley Federal de Competencia Económica se refiere a los contratos, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto sea fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra, establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar una cantidad limitada, dividir, distribuir o asignar segmentos de un mercado actual o potencial o establecer, coordinar, postular o abstenerse en las licitaciones.

De acuerdo a lo anterior, si la licencia para el uso de una patente o marca implica un monopolio desde el punto de vista económico, la franquicia en sus modalidades simple o compleja también comprenden esta práctica. Existen monopolios relativos que son regulados adecuadamente y que no tienen efectos negativos en la economía sino que, por el contrario, activan y benefician los procesos económicos, como es el caso de las franquicias que no implican prácticas en perjuicio de los consumidores por tratarse de una distribución racional de los centros franquiciados para beneficio de los titulares de las franquicias y de los propios consumidores, por lo que carece de efectos negativos si se piensa que dentro de un mismo giro mercantil pueden existir no solo franquicias distribuidas en territorios sino también otras franquicias competidoras del mismo producto.

De esta manera se genera una competencia entre diferentes franquiciantes. Un ejemplo ilustrativo es el caso de la llamada "comida rápida" (*fast food*), en la que se ofrecen una gran variedad de franquicias y productos en un mismo segmento comercial (como las cadenas de McDonald's, Burger King, Wendy's, Tomboy, Burger Boy, etcétera).

A este respecto, Oliver E. Williamson,⁵ analiza las consideraciones económicas en la búsqueda de franquicias en el monopolio natural, considerando los beneficios que representa esta actividad económica para

⁵ *Las Instituciones Económicas del Capitalismo*. Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pp. 328 y ss.

las partes y para el público consumidor. En su obra se refiere a la práctica de franquicias en los Estados Unidos de América considerando desde el esquema sencillo de franquicias hasta los problemas complejos que afrontan las franquicias manejadas mediante licitaciones internacionales, como el caso que analiza consistente en la franquicia de la televisión por cable en Oakland.

Existe una interrelación debido a la globalización de la economía por la cual los países han tomado experiencia de las franquicias ya sea como contrato atípico o por legislaciones de otros países y de esta manera se han ido incorporando en los diversos sistemas jurídicos.

III.5. La contraprestación: Esta característica, que constituye uno de los objetos del contrato, puede consistir en el pago de una sola cantidad fija y determinada (*lump sum*), o en cantidades variables y determinables que es el sistema de regalías (*royalties*), que consiste en pagos periódicos en base a las ventas de la negociación o por una combinación de las mismas.

—El sistema de un sólo pago podría equipararse desde el punto de vista económica a una simple compraventa y ofrece desventajas como son la falta de supervisión y monitoreo del franquiciante al franquiciado, pues al recibir el primero la totalidad de la contraprestación deja de tener interés en las franquicias vendidas y no podría considerarse propiamente como franquicia, pues no se podrían llevar a cabo todas las actividades sucesivas antes expresadas.

—El pago de regalías calculadas sobre un porcentaje de ventas permite al franquiciante supervisar al franquiciado en la operación del establecimiento, proveerle la tecnología necesaria y hasta proporcionarle los insumos, materias primas y demás elementos para la continuación permanente de las actividades comerciales.

Esta modalidad conocida como *Tying Contracts* (contratos atados o con objetos interrelacionados) permite controlar los volúmenes de ventas de las franquicias además de que le significa un negocio adicional por las ventas en sí mismas y el franquiciado asegura el abastecimiento oportuno de todos esos insumos con la seguridad de que se cumplen con los estándares de calidad al ser proporcionados por el propio franquiciante.

—La combinación de ambas contraprestaciones resulta ser la más usual, de manera que el franquiciante recibe un pago considerable inicial que generalmente representa una forma de obtener al inicio su utilidad, con lo cual se eliminan los inconvenientes de un solo pago y se logra el objetivo de que el franquiciante continúe con interés jurídico y económico en la operación y seguimiento de las franquicias.

III.6. Plazo: Este elemento es de vital importancia para asegurar el funcionamiento de las franquicias y la recuperación de la inversión del

franquiciado. Es por ello que deben otorgarse por largo plazo toda vez que las franquicias, por regla general, representan inversiones considerables que los franquiciados proyectan recuperar junto con su utilidad en forma lineal de acuerdo con el plazo, por lo que éste se calcula en función de los costes iniciales, de operación y de la utilidad (incluida a veces como tasa interna de retorno "TIR").

Esta característica ofrece beneficios a ambas partes, pues como se dijo, permite al franquiciado que su franquicia le sea redituable y para el franquiciante representa ingresos permanentes y continuos en base a las proyecciones estimadas.

III.7. Organización y colaboración: Estas características representan el concepto moderno de los contratos.

Ambos conceptos implican en la franquicia la idea de asociación. Por una parte, la colaboración implica una coincidencia de intereses entre las partes que justifica la correspondencia de actividades para lograr un fin determinado. Esta actividad se inicia desde las negociaciones del contrato y continúa en su ejecución hasta la extinción de la relación contractual. Tradicionalmente se considera a el mandatario, la comisión, la mediación y la agencia y en la actualidad a la franquicia y al *Joint Venture*, entre otros.

La organización supone un tracto sucesivo que permita a las partes continuar vinculadas en un régimen en el que se distribuye las diferentes actividades propias de cada negocio, determinándose cuales son las prestaciones a cargo de cada una de ellas a fin de que la actividad económica cumpla su cometido y de esta manera las partes tengan beneficios económicos.

Existe una voluntad colectiva unida a la idea del fin determinado que se traduce en la implementación de estructuras de operación, administración y fiscalización (monitoreo), que se determinan en base a reglas o estipulaciones a cargo de cada una de las partes.

Esta organización, en opinión de Girón Tena⁶ comprende tanto la estructura como el funcionamiento del contrato y tiene tres puntos de referencia, que son: la ordenación de la titularidad de las relaciones activas y pasivas, la ordenación de los elementos objetivos patrimoniales y la ordenación de los órganos o figuras destinados a cumplir el fin común. Estas ideas no sólo son aplicables a las sociedades, sino también a los contratos que se organizan como la franquicia.

Las características anteriores son las más significativas, pues como se ha indicado, la franquicia es un contrato versátil y, por lo mismo, es susceptible de adoptar modalidades muy variadas.

⁶ Girón Tena, José, "Derecho de Sociedades Anónimas", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, tomo I, 1992, p. 271.

IV. CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS Y COMERCIALES

Modesto Bescós⁷ en su obra comenta que los aspectos característicos que deben tomarse en cuenta son:

- a) Menos control sobre los establecimientos. Aunque las decisiones de política comercial y estratégica las tome el franquiciante, las decisiones finales las toman los franquiciados.
- b) Motivación y comunicación más complejos. No hay dependencia entre las partes, pues son empresarios autónomos, pero sí hay subordinación económica.
- c) Debilidad en la posición de los franquiciados. Los derechos de los franquiciados pueden nacer ya menoscabados en el contrato. Estos adquieren una licencia al uso y disfrute de un nombre y una marca, pero no a la propiedad.

Por otra parte, se podrían tomar en cuenta las siguientes:

- d) Inversión mínima para el franquiciante. El franquiciante se apoya en la capacidad inversora de los franquiciados para la apertura de nuevos centros, complementada con un sistema de financiación adecuado.
- e) Imagen de la marca. La clientela es atraída por la notoriedad de una marca con prestigio entre el público. Con el apoyo de una publicidad permanente y eficaz se populariza la enseña comercial y la imagen, a la vez que se fortalece y multiplica el poder de la marca.
- f) Asistencia permanente del franquiciante al franquiciado. Se crea un centro de asistencia y servicio mínimo para los componentes de la red y cuyo costo se reparte entre todos. De esta forma, la información, asistencia técnica, estudios de mercado, etc., son asumidos por este centro que puede actuar tanto de conexión y referencia como, en su caso, de central de compras.
- g) Poder negociador en favor de los franquiciados frente a proveedores y entidades financieras. Una cadena de franquicia dispone, a raíz de la gran demanda de que es objeto, de una gran capacidad de compras con las ventajas subsiguientes a nivel de precios, rebajas, artículos en exclusiva, etc. Este poder negociador se da también en las relaciones con la banca y las compañías de seguro.
- h) Negocios estables. No pueden ser objeto de franquicia negocios o empresas transitorias que se basan en ideas coyunturales o bien en modas pasajeras que pueden tener un fuerte impacto momentáneo, pero es un negocio no durable.

⁷ Bescós, Modesto, *Factoring y franchising*, Madrid, Pirámide, 1990, pp. 119 y 120.

- i) Negocio transmisible. Recrear el negocio del franquiciante supone la capacidad de sintetizar todos los componentes esenciales de la empresa, métodos de trabajo, técnicas, formación. El *know how* del franquiciante es transmisible de forma estandarizada a los franquiciados.

La propiedad privada significa que los derechos del titular al uso y créditos de un recurso son exclusivos y libremente transferibles. Cuanto menores son los costes de transacción o mayores los beneficios manteniéndose constante lo demás, mayor es la extensión en que los derechos son definidos, asignados y hechos respetar; consecuentemente, más estrecha es la relación entre el bienestar y las consecuencias económicas de sus decisiones y mayor es el incentivo de los titulares a tener en cuenta tales consecuencias. Ciertamente, si los costes de transacción son nulos, no existen efectos externos; los individuos capitalizan y toman en consideración todos los beneficios y perjuicios producidos por sus decisiones. Bajo estas condiciones idealizadas, los precios de los recursos se fijan de acuerdo con su coste de oportunidad y fluyen hacia su máximo valor de uso, sin hacer caso de su cometido inicial.

V. RELACIONES ENTRE LAS PARTES

Desde un punto de vista teórico, por las características de colaboración y organización unidas a la idea de un fin común y determinado las franquicias deberían producir una relación equilibrada entre los contratantes (nivel de coordinación). Sin embargo, se produce un efecto contrario, puesto que el franquiciante tiene una posición de supraordinación frente al franquiciado.

Las características de las franquicias están relacionadas con las obligaciones que producen entre las partes y es por eso que, con el propósito de tener una idea clara al respecto, a continuación se exponen las obligaciones más relevantes que corresponden a cada una de las partes:

—Obligaciones del franquiciante:

- a) Conceder la licencia de uso de marcas, como se indicó anteriormente.
- b) Autorizar el uso de nombre comercial. No siempre será materia del contrato de franquicia, aunque en ciertos productos o servicios puede ser de la mayor importancia y están ligados a las marcas autorizadas.
- c) Autorizar la explotación de patentes. Cuando el producto o servicio o ambos requieran para la explotación por un tercero de la autorización de uso de una o varias patentes, se debe incluir esta obligación. Para cumplirla debe el franquiciante especificar las patentes registradas materia del contrato, los productos o procedimientos que ampara y proveer la tecnología y transmisión de conocimientos al franquiciado.
- d) Proveer la tecnología. Esta obligación es muy variado debido a los aspectos tan amplios que comprende la tecnología, como ya se comentó, por lo que las obligaciones más significativas las siguientes:

- d.1. Proporcionar información oral y escrita sobre el lugar geográfico conveniente para la instalación del establecimiento donde se va a explotar la franquicia.
- d.2. Proporcionar manuales, sistemas, guías y procedimientos de operación de la negociación y continuar proporcionándolos debidamente actualizados.
- d.3. Proporcionar al franquiciado técnicos, personal calificado y supervisores para capacitar a las personas que presten sus servicios en la operación del establecimiento. Existen franquiciantes que cuentan con programas de capacitación y entrenamiento y hasta centros de estudios especializados (como la famosa Universidad de la Hamburguesa de McDonald's).
- d.4. Actualizar e informar oportunamente al franquiciado sobre todos los aspectos de tecnología durante la vigencia de la franquicia.
- d.5. Prestar asistencia técnica y toda clase de asesoría que sea necesaria o conveniente para la aplicación de la tecnología durante toda la vigencia de la franquicia, ya sea que el franquiciante programe oportunamente esta asesoría o que el franquiciado la solicite. Esta asistencia (*training*) comprende la formación del personal que es un elemento de vital importancia para asegurar el adecuado funcionamiento de la franquicia.

- e) Determinar estándares de calidad. Es complemento de su derecho a inspeccionar y supervisar periódicamente al franquiciado. Los estándares de calidad del producto y del servicio objeto de la franquicia pueden variar durante la vigencia del contrato y el franquiciante debe notificarlo oportunamente al franquiciado.
- f) Si la franquicia está referida a un negocio en el que el franquiciado requiere del producto fabricado o suministrado por el franquiciante, éste debe entregar periódicamente el producto en el volumen, cantidades, plazos y establecimientos pactados.
- g) En los contratos en los que el franquiciado es distribuidor, el franquiciante puede otorgar en comodato el uso de equipo o instalaciones apropiadas para la explotación de la negociación.
- h) Realizar la publicidad necesaria para la venta o conocimiento del producto o servicio.
- i) En algunos casos, financiar al franquiciado o por lo menos, asesorarlo en la obtención del financiamiento para el desarrollo de la franquicia.

—*Obligaciones del franquiciado:*

- a) Usar las marcas. No sólo tiene derecho a usar las marcas de productos o servicios que le autoriza el franquiciante, sino tiene, en ocasiones, tiene 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, lo que ocasiona una responsabilidad frente al franquiciante por los daños y perjuicios que le hubiere causado.

b) Usar los nombres comerciales y explotar las patentes. Igual que con las marcas, el franquiciado tiene derecho y la obligación de usar los nombres comerciales —y los avisos comerciales— así como explotar las patentes. También la falta de uso del nombre comercial o de las patentes se pierde si no se usan en el plazo que la ley respectiva señale.

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

d) Cumplir los requerimientos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos. El uso de la tecnología y su aplicación en la explotación de la negociación con todo lo que ello implica, debe hacerlo el franquiciado de acuerdo a las reglas, normas, estándares que le fija el franquiciante. Los detalles del cumplimiento de esta obligación deben concretarse en cada contrato; incluye la de cumplir las instrucciones que pueden variar durante la vigencia del contrato.

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

— Seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación.

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

— Contratar determinada clase de personal y someterlo al entrenamiento adecuado.

— Mantener un mínimo de horas diarias de servicio a clientes.

— Reacondicionar y renovar periódicamente el local y mantenerlo en determinadas condiciones (de higiene, decoración, concepto arquitectónico, etc.).

— Adquirir del franquiciante o de determinados proveedores cierta materia prima, equipo, partes, productos, servicios. Como se indicó, esta modalidad da lugar a los “contratos atados” o con objetos interrelacionados (*tying contracts*).

— Vender a los precios y condiciones que señale el franquiciante. En los contratos caracterizados por una casi total identificación de todos los franquiciados con la empresa franquiciante la identidad de los precios asume una necesidad fundamental para la reputación de la red. La imposición de precios, cuando atenta contra la libre competencia, puede ser práctica monopólica relativa.

f) Pagar la contraprestación. Una de las más importantes obligaciones del franquiciado es pagar la contraprestación pactada. Esta contraprestación, como ya se indicó, puede ser:

- I. El pago inicial de una cantidad fija, no por producto alguno, servicio o tecnología, sino simplemente por el privilegio de obtener la franquicia y ser franquiciado.
- II. El pago periódico de regalías como contraprestación por la continua operación del establecimiento mercantil. Esta regalía es contraprestación también por el uso de las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes. En el contrato se puede determinar qué porcentaje sobre la base de regalías corresponde a cada uno de estos conceptos, o fijarse una tasa o porcentaje global.

g) En algunos casos, el franquiciado estará obligado a adquirir un nivel de inventarios (*stock*) del producto o servicio en todas las modalidades, a fin de que la clientela pueda obtener aquel producto sin problemas de calidad, presentación o demora.

h) Informar periódicamente. El franquiciado debe informar al franquiciante el desarrollo de la negociación mercantil. Esto tiene múltiples objetos; por ejemplo, para determinar las regalías periódicas sobre los resultados obtenidos para verificar el cumplimiento de todas las normas, la uniformidad de los productos y servicios prestados, la necesidad de que el franquiciante preste mayor asistencia o señale directrices de cómo se aplica la tecnología y muchos otros.

Este informe es básicamente económico, sobre los resultados de la negociación: ventas, costos, utilidades, productos vendidos (en unidades), etc. Generalmente se hace en formatos que proporciona el franquiciante. Esta obligación suele incluir la de enviar anualmente estados financieros de la negociación auditados por una firma determinada que señala el mismo franquiciante.

Aunque no es parte de la obligación de informar, sino de la organización financiera del negocio, en el contrato se puede señalar ciertos estándares financieros que debe cumplir el franquiciado, como las proporciones de activo circulante respecto al pasivo a corto plazo, el pasivo total respecto al capital contable y otras razones financieras.

i) Guardar secreto. El franquiciado está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología o la operación misma de la negociación, o la propia franquicia. Esto implica no comunicar o usar, en beneficio que no sea propio, la tecnología conocimientos, *know how* y cualquier clase de información recibida del franquiciante. En los contratos donde se transmitan conocimientos técnicos se podrá incluir la cláusula de confidencialidad. Se entiende por secreto industrial "toda información de aplicación industrial que guarde una persona

física o moral con carácter confidencial que se 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 métodos o sistemas suficientes para preservar la confiabilidad y acceso restringido a la misma".⁸

j) No vender o explotar otros productos o servicios. El franquiciado es un usuario exclusivo de la tecnología y solamente puede utilizarla para explotar un negocio en los términos que se contrató la franquicia. La obligación es la de fabricar, vender u ofrecer los productos y servicios que son material del contrato, con prohibición de vender u ofrecer productos distintos. Esta obligación de no competir con productos idénticos o similares es muy frecuente (en el derecho norteamericano se conoce como *non compete agreement*).

k) No ceder, traspasar o sublicenciar. Como el contrato de franquicia es *intuitu personae*, el franquiciado no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia sin autorización expresa del franquiciante.

l) Cooperar en la publicidad. En algunos productos o servicios de la publicidad que realiza el franquiciante beneficia a todos los franquiciados, de modo que algunas veces impone a éstos la obligación de contribuir a los gastos de publicidad. Esta cooperación puede ser para una publicidad en medios masivos (radio, televisión, medios impresos, etc.) y el fondo lo administra el franquiciante o publicidad local que directamente corresponde a los franquiciados de determinado territorio. También pueden obligarse a gastar o invertir un monto determinado de sus ventas o utilidades en publicidad propia.

m) Aceptar inspecciones. Obligación correlativa del derecho a inspeccionar y supervisar que tiene el franquiciante es la obligación del franquiciado de aceptar y colaborar en las inspecciones, vistas, supervisiones, auditorías, etc. que hace al franquiciante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de las directrices, normas, reglas e instrucciones.

n) Inscribir el contrato. Eventualmente cuando el contrato sea objeto de inscripción, hacer todos los trámites necesarios a fin de que el contrato quede registrado donde corresponda y tenga plena validez en el país en el que se aplica.

o) Terminación de la franquicia. Cuando termina el contrato, el franquiciado tiene obligación de discontinuar el uso de la franquicia que supone dejar de usar las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes, así como de toda la tecnología proporcionada por el franquiciante. Debe dejar de operar la negociación mercantil y dejar de hacer negocios bajo el nombre del franquiciante o de cualquier manera que pueda causar confusión al público y a los consumidores que crean que sigue existiendo la relación de la franquicia.

⁸ Artículo de la Ley de la Propiedad Industrial vigente.

Esta obligación puede tener problemas en su cumplimiento y en las sanciones correspondientes al franquiciado incumplido, especialmente cuando el contrato concluye antes del plazo señalado por causas de terminación provocadas o imputables por el franquiciado.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

En los conceptos anteriores se han mencionado y comentado diversos aspectos económicos que destacan en este contrato, entre los cuales se encuentran los relativos al monopolio en razón de su actividad y finalidad, la desigualdad entre los contratantes que implica costes de transacción y la teoría del principal y del agente, como medios para lograr una adecuada regulación económica.⁹

Las franquicias han sido objeto de estudio debido a que la tecnología ha hecho más eficiente su estructura y organización y, en especial, la publicidad sobre ciertos bienes o servicios que se extiende y comprende las zonas franquiciadas. Ello permite que los costes de publicidad se reduzcan considerablemente, ya que los franquiciados, en vez de costear cada uno su propia publicidad, aportan al franquiciante una cantidad inferior (que incluso puede estar incluida en el pago de las regalías), con lo cual se logra una actividad publicitaria mayor, a menores costes y en beneficio de todos los establecimientos franquiciados.¹⁰

De esta manera, se logra que la clientela reconozca la misma marca y elementos de la franquicia en diversos establecimientos, lográndose una uniformidad en esos bienes o servicios que permite crear una conciencia de compras prácticamente sin importar en que establecimiento franquiciado se lleven a cabo. Estos conceptos simplemente recogen situaciones de hecho para regularlas y desarrollarlas adecuadamente en beneficio de las partes y de los consumidores.

La estructura de la relación de las partes da lugar a una situación en la cual el franquiciado está en desventaja frente al franquiciante. En efecto, basta comparar todos los elementos con que cuenta el franquiciante, como capital, tecnología, publicidad, estudios de mercado, etc. frente al franquiciado que aunque tenga uno o más establecimientos, queda a merced de las reglas y directrices que el franquiciante determine y, hasta en ocasiones impone.

Es por ello que la teoría del principal y del agente explica cuál es o cómo funciona una relación contractual en la que una de las partes es agente de otra, es decir, que depende del principal, pues no puede tener iniciativa ni decisiones propias.

En consecuencia, el principal ejerce determinados actos de control que implican una supraordinación respecto a las actividades del agente. Entre estos actos destacan los costes de vigilancia o supervisión (*monitoring costs*), que corresponden a los que eroga el principal en la supervisión y vigilancia del

⁹ En este apartado se tomaron en cuenta los apuntes de la Cátedra del Dr. Cabrillo.

¹⁰ Cooter, Robert and Thomas Ullen, *Law and Economics*, Harper, U.S.A., 1988, pp. 243 y ss. y 389 y ss.

agente y estos costes son soportados por todos los franquiciados, con la cual se reducen considerablemente. En términos generales se refieren a todos los actos relativos a la organización, instalación y funcionamiento de los establecimientos franquiciados, como calidad del producto o servicio, sistemas de operación, mercadotecnia, publicidad y hasta pueden incluir las ventas directas que realice el franquiciante al franquiciado sobre insumos o materias primas, con lo cual se deriva otro contrato, como ya se indicó (que se encuentra implícito en el de franquicia y relacionado por la complejidad de los objetos), que se ha denominado *tying contract*.

De esta manera, el franquiciante logra un doble objetivo; el de *monitorear* al franquiciado controlando sus inventarios y sus ventas para determinar el funcionamiento de la franquicia y el pago de regalías y, a la vez, logra realizar ventas de esos insumos o materias primas lo que le representa ingresos adicionales.

Con base en estas ideas se puede concluir que la franquicia es un contrato que permite realizar análisis variados en materia económica y que su objetivo primordial debe ser la eficiencia, logrando un equilibrio entre las partes mediante la realización de actividades conjuntas que permitan reducir los costes de transacción, puesto que, en este supuesto, el beneficio sería para todos: el franquiciante aumentaría el valor tanto de las franquicias ya otorgadas al momento de su renegociación como las nuevas y futuras que otorgue, el franquiciado lograría cumplir con sus expectativas financieras, consolidar el valor de inversión e impulsar su establecimiento mediante aportes al franquiciado para aspectos publicitarios, de manejo y operación que le representen aumentos en las ventas y, finalmente, el público consumidor recibe el producto o servicios de manera adecuada y uniforme en su presentación y calidad.

Un tema de indudable interés es la posible responsabilidad del franquiciante por hechos del franquiciado frente a los consumidores.

A este respecto, los autores Burlas y Couso indican que la responsabilidad del franquiciante puede surgir frente a los consumidores en los casos en que media la previsión de un producto que no se ajuste a las condiciones de calidad y cantidad establecidas de modo que no cumplan adecuadamente su finalidad.

Además de lo anterior, existe otro supuesto, ya que el público acude a adquirir el producto o el servicio en base a la confianza del mismo, por el prestigio de la marca o del nombre comercial y no tiene por qué saber ni preocuparse que el franquiciado sea un empresario autónomo o no. Es por ello que la corriente doctrinaria y legislativa consideran viable extender la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, pues aquel realiza su actividad bajo la marca, patente, nombre comercial, emblemas, tecnología y demás actividades que provienen del franquiciante.

Los intereses de los consumidores son protegidos en las legislaciones sobre consumidores, las cuales prevén y regulan las responsabilidades de los proveedores de bienes y servicios de manera general sin importar cuál sea la relación jurídica que integren los diversos sujetos que conforman el proceso económico,

aunque en algunos casos se haga referencia expresa a contratos de proveeduría, suministro, abastecimiento, concesión, distribución o franquicia.

Con estas ideas concluye este ensayo que ha tenido como propósito presentar aspectos económicos de la franquicia.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN CONSULTADA:

Ley de la Propiedad Industrial. Editorial Porrúa, México, 1996.

OBRAS CONSULTADAS:

- ARCE GARGOLLO, JAVIER. *El Contrato de Franquicia*, Editorial Themis, México, 1995.
- BESCÓS, MODESTO. *Factoring y franchising*, Editorial Pirámide, Madrid, 1990.
- BURLAS, LUISA-COUSO JUAN C. *Contratos, Parte Especial, tomo I*, Civitas Madrid, 1991.
- CABRILLO, FRANCISCO. Apuntes tomados en la cátedra doctoral de Derecho Económico impartida en la Universidad Anáhuac, México, 1996.
- CARDELÚS I. GASSIOT LLUIS. *El Contrato de Franchising*, Editorial PPU, Barcelona, España, 1988, tomo II.
- COOTER, ROBERT and THOMAS ULEN, *Law and Economics*, Harper, U.S.A., 1988.
- ETCHEVERRY, RAÚL A. *Derecho Comercial y Económico, Contratos, Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- GIRÓN TENA, JOSÉ, "Derecho de Sociedades Anónimas", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, tomo I.
- LEDESMA, U. ILDEFONSO, *Curso de Contratos Mercantiles*, División de Estudios de Posgrado, Universidad Anáhuac, México, 1995.
- WILLIAMSON, OLIVER E., *Las Instituciones Económicas del Capitalismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- MERCURO, NICHOLAS. *Derecho y Economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.

