

321309
14
24

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No.3213 CONFECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



NATURALEZA JURIDICA DE LA FRANQUICIA Y SU NECESIDAD DE SER LEGISLADA

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

MARILU NAVA ROSALES

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. SERGIO CUAUHEMOC MARTINEZ CASTILLO
CED. PROFESIONAL 437064

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D.F.

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

GRACIAS

Gracias Divino Creador, gracias por mi fe, por todo mi ser, por mis logros y sobre todo por mis padres, mi esposo, y mi familia...
¡Gracias Dios, por tanto en mi vida!

Dedico mi esfuerzo, y mi carrera a la pareja que todo lo merece, porque son grandes entre los grandes... a mis padres, de quien he recibido todo.

A tí papá, porque tu eres parte de este logro, porque con tu inmenso amor te realizas paso a paso con tus hijos, te dedico mis metas porque eres parte de ellas, te amo y te agradezco infinitamente lo que eres en mi vida.

A tí mamá, por tu entusiasmo, por tu amor desmedido, por todo el apoyo que siempre he encontrado en tí, por que tú mereces más de lo que yo pueda darte, a tí que con tu sabiduría has guiado mis pasos hasta llegar a una de mis metas.

A mi hermana Erika, mi gordita linda, por que tu también eres y serás mi motivación, por mi deseo ser siempre un buen ejemplo, y sobre todo por tus mensajes de amor, gracias.

A mi hermano Ernesto, a quien he hecho padecer todos los estragos de una de mis metas, por ser como eres y porque tú logres más de lo que yo he logrado, a tí gordito, también dedico mi esfuerzo.

A Ricardo, mi compañero, amigo, mi novio, mi esposo, con quien he compartido las más importantes decisiones de mi vida, porque hemos andado juntos el camino, camino que deseo terminar contigo, sobre todo, por que creo en tí y porque toda mi confianza está tus logros. Te amo.

Abuelo, a tí que esperaste
pacientemente este logro, a tí por lo
que hiciste de mi padre, a tí con todo
mi amor y respeto, por que siempre
deseaste un abogado como hijo, Dios
te concedió una nieta. ¡Animo papá!

Abuela, por tus votos de confianza, por
tu dedicación, por tu ayuda durante toda
mi carrera, por tus preocupaciones con
todo mi amor, a tí que me diste la madre
que tengo.

A Chelín, que con tu paz y armonía,
me has mostrado siempre la mejor cara
de la moneda, y por toda tu confianza
y la fe que me has manifestado, y por
que eres la mejor madrina del mundo,
te amo.

A Tere, mi suegra, por su apoyo, por la
confianza que nos tiene, y porque sé que
aún espera mucho más, porque nunca dice
no, cuando se pide con amor, a usted a
quien quiero tanto y respeto.

A todos mis tíos, porque con su ejemplo han participado de modo alguno de este logro. gracias por sus manifestaciones de amor y confianza, a todos ¡Gracias!

A mis primos, Javier, Mauricio, Aline, Karen, Eduardo, Eder, Anapaula, Amrí, Ebal, Fabián, José María, y Luis Ramón, porque de todos ellos he recibido amor, y confianza, a ustedes primos, con esperanzas.

Dedico mi esfuerzo, a todos los que han vivido mi trayectoria y han creído en mí, sobre todo por su apoyo y confianza... ¡Gracias!

Al Lic. Sergio C. Martínez Castillo, en quien he encontrado siempre una respuesta, por todo su tiempo, pero sobre todo por sus conocimientos, mi admiración y respeto, Gracias.

INDICE

INDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO I. LA FRANQUICIA.	1
1.1. Concepto.	2
1.2. Antecedentes históricos.	5
1.3. Naturaleza jurídica.	14
1.4. Clasificación.	20
1.5. Características.	23
CAPITULO II. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.	26
2.1. Análisis del contrato de franquicia en México.	27
2.2. Perfil del contrato.	32

2.3. Precontractuales.	36
2.3.1. Confidencialidad.	37
2.4. Elementos personales.	39
2.4.1. El Franquiciante.	41
2.4.2. El Franquiciatario.	45
2.4.3. La representación de las partes en el contrato de franquicia.	48
2.5. Elementos de fondo.	51
2.5.1. Conocimientos Técnicos, Know-How, la Asistencia Técnica.	52
2.5.2. Marca o Nombre Comercial.	56
2.5.3. Uniformidad.	58
2.5.4. Territorialidad.	59
2.5.5. Secreto Industrial.	61
2.5.6. La Contraprestación.	63
2.5.7. La Exclusividad.	65
2.6. Elementos formales.	67

CAPITULO III. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

71

3.1. Obligaciones del Franquiciante.	72
3.2. Obligaciones del Franquiciatario.	80

3.3. Obligaciones de las partes en la terminación de la franquicia.	86
3.4. El incumplimiento de las partes en el contrato de franquicia.	89
3.5. Principales obligaciones fiscales en el contrato de franquicia.	92
CAPITULO IV. LA LEGISLACIÓN MEXICANA APLICABLE A LA FIGURA DE LA FRANQUICIA.	96
4.1. Marco legal de la franquicia.	96
4.1.1. Antecedentes legales de la franquicia en México.	99
4.1.2. Ley de Propiedad Industrial.	103
4.1.3. Ley de Inversiones Extranjeras en relación con la franquicia.	107
4.2. Leyes Supletorias.	111
4.2.1. Código de Comercio.	111
4.2.2. Ley General de Sociedades Mercantiles.	114
4.2.3. Ley Federal de Protección al Consumidor.	116
4.3. Licencias de Uso.	123
CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFÍA	129

INTRODUCCIÓN

El contrato de franquicia es relativamente nuevo en nuestro sistema jurídico, y su regulación se encuentra en un solo numeral de la vigente Ley de la Propiedad Industrial publicada en el Diario oficial de la Federación el día 2 de agosto de 1994.

No obstante, que el contrato de franquicia reviste una gran relevancia por su repercusión jurídica económica y social, la regulación legal es incipiente y, por tanto, no se encuentra definida su naturaleza jurídica, ya que sus antecedentes se localizan en los contratos de Transferencia de Tecnología, sobre todo aquellos que se denominaban de paquetes tecnológicos, en los que se incluía el uso de la marca, la utilización de los avisos comerciales, el *Know-How*, la licencia de patentes en su caso y quedaba sujeto a la inscripción o toma de nota en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, en la actualidad inexistente.

En la hipótesis de darse una mejor definición y claridez a las especificaciones legales de la figura de franquicia se reduciría el riesgo de violaciones a nuestra legislación.

La importancia del contrato de franquicia reviste una triple importancia: para el franquiciante representa la protección de su idea original sobre la organización empresarial o de un producto marca registrada o bien la conversión del negocio actual en el que ya

III

tiene éxito; para el franquiciatario implica la seguridad de utilizar un producto y de establecer una empresa o negociación mercantil que cuente con elementos incorporeales preexistentes que son el avío y la clientela y la garantía de ser productos o negocios exitosos y debidamente protegidos por la Ley de la Propiedad Industrial, evitando la competencia desleal.

El contrato de franquicia es típico y nominado, típico puesto que es reglamentado por la ley y nominado porque se le denomina franquicia.

En nuestro país antes de ser típico este contrato entre particulares, se confundía con la concesión que implica la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público de la federación.

El objetivo del presente trabajo de investigación se basa en explicar la ubicación de los antecedentes del contrato de franquicia tanto en el ámbito internacional como en el nacional; analizando los elementos personales del contrato, su objeto, la intervención de la autoridad administrativa para estar en aptitud de desentrañar la naturaleza jurídica del contrato de que se trata y de esta manera poder contribuir en el campo del derecho aportando la naturaleza de dicha figura jurídica.

La franquicia se ha utilizado a nivel internacional desde hace varias décadas, siendo

IV

pionero Estados Unidos de América en dicho contrato, cuyo antecedente remoto lo encontramos en la segunda mitad del siglo pasado y el inmediato a fines del siglo pasado y principios de éste con la poderosa embotelladora Coca-Cola.

En la década de los años cuarenta la franquicia se extendió al ramo hotelero y en ésta misma década se extendió a la industria restaurantera siendo precursores, la cadena Mc. Donald's, la que actualmente cuenta con más de diez mil establecimientos a nivel internacional.

En nuestro país al final de la década de los años ochenta se estableció la Asociación Nacional de Franquicias y varios micro, pequeños y medianos empresarios se transformaron en franquiciantes de sus propios negocios sobre todo en el ramo de alimentos, teniendo un auge inusitado hasta en 1996 que a pesar de la crisis derivada del error de diciembre de 1994, parece no haber afectado tan gravemente a los franquiciantes.

Independientemente de la participación de la Asociación Nacional de Franquicias, interviene el Estado a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), a efecto de salvaguardar los intereses del franquiciante, el franquiciatario y consumidores, de estos últimos a efecto de evitar sean

sorprendidos por los denominados productos o negocios piratas.

Al estar protegido el franquiciante en cuanto al secreto industrial, a la licencia de marca, patente y uso de avisos comerciales, modelos y dibujos se evita crear un sub-mercado en detrimento del empresario franquiciante, en caso de violación por terceros, se establecen multas, reparación del daño en materia civil y se tipifican delitos especiales para los que se coloquen en el supuesto penal.

CAPITULO I
LA FRANQUICIA

1.1. CONCEPTO

Para efectos de nuestro trabajo, definiremos a la franquicia, desde distintos puntos de vista, por el carácter que esta figura tiene, debemos ubicarla primeramente como: " ... un sistema de comercialización, un método para distribuir bienes y servicios de los consumidores... (que) concierne a dos niveles de personas: el franquiciador, quien desarrolla el sistema y le presta su nombre o su marca registrada, y el franquiciatario, que adquiere el derecho de operar el negocio bajo el nombre o la marca registrada del franquiciador."¹, la definición anterior, está planteada en términos comerciales.

La Franquicia es un fenómeno que en México, nuestro país, no es reconocida con la idea original con que fue creada, basta con conocer lo que la Ley de la Propiedad Industrial (LPI), describe como una franquicia, afirmando que: " Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmiten 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

¹ STEVEN S. RAAB Y GREGORY MATUSKY: Franquicias: Ventajas y desventajas de su venta ; p.29.

la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta designe..."²

De acuerdo con lo anterior, deducimos que, nuestra legislación, señala los elementos que el contrato deberá contener, sin embargo, no describe lo que la figura de la franquicia es en nuestro sistema.

En todo el mundo ha sido materia de análisis la figura de la franquicia, el maestro David J. Kufmann define como franquicia al "sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el Franquiciatario) se le concede el derecho a comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo a ciertas condiciones y prácticas establecidas del franquiciante y con su asistencia."³

Otro concepto que se acerca más a la finalidad de la franquicia es la que nos señala la doctrina española, que la define como: "... un método de colaboración entre un empresario franquiciador y otros empresarios, que se denominan franquiciatarios, los cuales son independientes del primero, tanto en el plano económico como en el jurídico.

² Art. 142 de la Ley de la propiedad Industrial; p.35.

³ DAVID J. KAUFMANN: "Franchising: Business Strategies and Legal Compliance "; Apud J. Arca Gargollo: El contrato de franquicia : p.3

La colaboración persigue un desarrollo acelerado de todas las empresas, apoyándose en una conjunción de personas y de capitales, que conservan su autonomía.”⁴

En los Estados Unidos de América otras de las definiciones con mayor aceptación son las que definen a la franquicia como: “ ... un privilegio otorgado o vendido, para usar un nombre o para vender productos o servicios. El derecho otorgado por el productor o proveedor para que un vendedor use sus productos y nombre bajo los términos y condiciones que de común acuerdo establezcan las partes.”⁵

Podríamos caer en confusión con la variedad de conceptos que hemos citado, por tal razón, consideramos necesario, señalar la definición más apegada a nuestro sistema, así como la que según la práctica de la franquicia en México se asemeja más al objeto de este trabajo:

Franquicia es “... el sistema de comercialización de bienes y servicios según el cual una persona física o moral (franquiciante) concede a otra (Franquiciatario) por un tiempo determinado, el derecho de usar su marca o su nombre comercial, así como el de recibir la asistencia técnica

⁴ MODESTO BESCO TORRES: Factoring y Franchising. Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores ; p. 135.

⁵ Black's Law Dictionary ; p.65B

requerida, a efecto de comercializar determinados bienes o servicios con métodos comerciales y administrativos uniformes. "⁶

En esta última definición, nos apoyaremos primeramente por la frecuencia con que se confunden los conceptos de franquicia con los de concesión o licencia de marcas; ya que en la franquicia encontramos que la licencia o concesión para uso y explotación de un nombre comercial y/o marca no es más que uno de los objetos del contrato de franquicia.

Por tal razón, consideramos que el concepto que más se apega a los objetivos del trabajo es el que señalan los Licenciados Enrique y Rodrigo González Calvillo, al definir a la franquicia como " ... un sistema o método de negocios en donde una de las partes denominada franquiciante le otorga a la otra, denominada franquiciatario, la licencia para el uso de su marca y/o nombre comercial, así como sus conocimientos y experiencias (*know-how*) , para la efectiva y consistente operación de un negocio."⁷

1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En esta última década del Siglo XX, la franquicia se proyectó como un fenómeno mundial, aún y cuando en la mayoría de los países del mundo existe, se

⁶ JUAN MANUEL Y JOAQUÍN GALLASTEGUI ARMELLA : Carpeta para el Diplomado en desarrollo y administración de franquicias : p.27

⁷ ENRIQUE Y RODRIGO GONZÁLEZ CALVILLO: Franquicias: La revolución de los 90 p.23

desconoce su verdadero origen, sin embargo, se sabe bien la finalidad con que fueron creadas las primeras franquicias, surgen a partir de la idea de que un determinado servicio o producto que gozara de reconocimiento por el público consumidor, se pudiera encontrar en diversos puntos de una ciudad, incluso, en otras ciudades de los Estados Unidos de América, sin embargo el principal problema para ésta idea era la falta del capital para invertir y sobre todo lograr el propósito de producción o distribución, y si a ésto le agregamos que el vigilar los establecimientos, así como el control de calidad ofrecida y la administración del negocio, era otro impedimento para un desarrollo óptimo, deduciríamos que era casi imposible que un gran número de inversionistas tuviera una oportunidad de éxito.

La idea ya existía y se mantenía en el aire, se buscaba una relación comercial nueva, dotada de técnica que lograra con sus propios elementos y características una expansión al menor costo posible.

El primer antecedente de una franquicia de producto o marca la encontramos en el siglo pasado en los años 1850 a 1860, cuando I.M. Singer and Co.,⁸ se encontró con el problema de la distribución de sus famosas máquinas de coser, dicha problemática impedía la distribución a nivel nacional y a un bajo costo, cuando sus ventas aún no eran ni con mucho, de cierta importancia.

⁸ J. ARCE GARGOLLO : Op. Cit.; p.3

La solución de éste problema provocó el surgimiento de lo que con el tiempo, conoceríamos como la franquicia, obviamente con algunas otras características que la perfeccionaron, pues en 1851 los representantes de I.M. Singer and Co., en Dayton Ohio, trabajaban bajo comisión para dicha compañía, y lograron la venta de toda la existencia de máquinas de coser y entonces solicitaron el envío de más máquinas, sin embargo la casa matriz ya no contaba con capital para manufacturar las máquinas solicitadas, la compañía, ante esta situación se vio en la necesidad de cambiar su estructura básica de funcionamiento y comenzó a cobrar a sus vendedores en lugar de pagarles, con la medida tomada eliminó un gran número de asalariados y dio así el primer paso a un esquema de distribución que fuera uno de los fundamentos para el sistema de franquicia.

Fue entonces en la última década del siglo pasado, que la industria automotriz se vio en la necesidad de adoptar el esquema de distribución, que I.M. Singer, apenas unos años atrás había aplicado en su compañía, ya que su problemática era común.

Para principios del Siglo XX, nos encontramos con que compañías petroleras y automovilísticas afirmaban, que expandían sus negocios a través de las franquicias, siendo éstas aún muy primitivas.⁹

9 S. S. RAAB Y GREGORY MATUSKY: Op. Cit. : p.17

Fue la Coca - Cola, en 1899, quien se integra al grupo de precursores de las franquicias¹⁰, otorgando los derechos para vender el producto embotellado en casi todos los Estados Unidos, por medio de un sistema de fuentes de sodas, que para entonces fueron la causa del éxito de dicho producto.

Se les denominó "precursores de la franquicia", a quienes con su ingenio, y cubriendo las necesidades de sus negocios, alcanzaron un desarrollo desmedido con el sistema aún y cuando la franquicia no se encontraba bien definida, podemos decir que dicha figura, se encontraba en su etapa primaria.

Y precisamente, cuando todo llevaba buen auge, llegamos a la época de los años treinta, cuando en Estados Unidos de América se vivió la época que fue caracterizada por una gran depresión y desaceleración económica misma combinación de factores sociales, económicos, políticos, tecnológicos y legales, propiciando con ello la expansión de las franquicias, pues estas figuras producían empleos, subsanando con ello uno de los factores de la depresión, además de que eran el blanco seguro de inversión en un negocio propio.

Para 1940, los Hoteles Howard Johnson, una de las primeras franquicias de la industria hotelera, y una de las más importantes en Estados Unidos, gozaba de los beneficios que la franquicia da, y su éxito se basaba en que los moteles

¹⁰ ENRIQUE Y RODRIGO GONZÁLEZ CALVILLO : Op. Cit. ; p.p. 34-35

ofrecían el mismo servicio y calidad que las distinguían y la gente ya identificaba por los años treinta en sus entonces 25 moteles de la Unión Americana.

Para entonces, las estaciones de servicio de gasolina, consideradas también como "precursores de la franquicia", en un principio sólo autorizaban a sus dueños a expandir ciertos productos, posteriormente la competencia entre las compañías petroleras, propiciaron la separación total de éstas frente a las estaciones de servicio, provocando con esto que las compañías petroleras recibieran únicamente una renta por parte del franquiciatario, llevando ésto al grado de que los empleados de las compañías petroleras ya no serían considerados como suyos, sino serían empleados de la estación de servicio, es decir, del franquiciatario quedando éste último como el responsable de la estación de servicio, con la excepción del producto que se ofrecía.

También en los años cuarenta, la aprobación del Lanham Act en Estados Unidos, fincó las bases para el desarrollo de las franquicias al codificar el derecho del dueño de una marca para establecer y exigir un estándar de calidad a sus licenciatarios.

Los últimos acontecimientos, iniciaron una nueva etapa en la historia de las franquicias, denominada dicha etapa como la "revolución de las franquicias", ya que en todos los ámbitos se empieza a dar a conocer a la franquicia como la forma idónea para expandir un negocio, y de manera avasalladora comienza la expansión y

desarrollo de esta nueva figura, pues no era necesario invertir directamente, sin embargo, an el supuesto que así fuera, la inversión sería mínima, pues únicamente se transmitirían la técnica y su nombre junto con un simple curso de capacitación para el franquiciatario, y en algunos casos, el curso se extendería hasta a los empleados más importantes dentro del establecimiento.

Parte del éxito de esta figura, lo atribuiremos al espíritu optimista del momento y el deseo de dejar atrás los días difíciles de la gran depresión que la guerra había dejado, consecuencia de la misma, el esquema de consumismo que dio pie a la compra generalizada de bienes, pues el país estaba invadido de soldados que regresaban de la guerra sin un empleo. Entonces la franquicia creó fuentes de empleo y quienes contaban con un capital invertían en un negocio propio que ya gozaba de cierta garantía de éxito, convirtiéndose así, en distribuidores autorizados con posibilidad de usar una marca.

Fue así, que el franquiciante contempló el aspecto de la marca o nombre comercial, seguida por la uniformidad, que para entonces ya era una problemática, sin embargo fue la marca o nombre comercial lo que consiguió que la gente reconociera de un lugar a otro y prefiriera ese lugar o servicio respecto de otro que no tuviere reconocimiento y no la uniformidad como lo aseguraban en aquel entonces quienes franquiciaban sus negocios. La marca o nombre comercial eran la "garantía" para el franquiciante como para el consumidor que adquiría el producto o servicio. Asociándose finalmente la técnica, la uniformidad y la marca o nombre comercial.

Ante tal éxito, día con día existían más negocios que incursionaban en este sistema, sin embargo en la actualidad y no solo en nuestro país, conocemos más a la franquicia que "abrió brecha", "Mc . Donald's", que se caracteriza de otras tantas por ser, con toda seguridad, la primera en explotar el innovador concepto otorgando franquicias formato de negocio.

Estas tienen su origen a partir de que Ray Kroc, quien era asesor en técnicas y sistemas para incrementar ventas, propuso a uno de sus clientes la venta de malteadas "para llevar", cuando tal concepto era innovador, Kroc tuvo el acierto, en aquel entonces, de querer conocer cómo era que en California, existía un restaurante que teniendo un volumen no muy alto de clientes, justificaba la compra de "multimixers", dichos multimixers despachaban hasta 40 malteadas a la vez. Lo anterior representaba que dicho servicio le generaba al restaurante cantidades de dinero que jamás se había visto en un negocio como ese. Kroc, haciendo alarde de sus cualidades como asesor, imaginó en el momento cientos de "Mc . Donald's Famous Hamburguers" a lo largo de toda la Unión Americana, con el mismo volumen de clientes y más éxito.

Recurrió de inmediato con los hermanos Maurice y Richard Mc. Donald quienes eran los fundadores y dueños del restaurante, convenciéndolos de los beneficios económicos que les aportaría la expansión de su negocio a nivel nacional. Los hermanos Mc. Donald accedieron bajo el trato de que fuera Kroc, el responsable de comercializar las franquicias a cambio de la mitad de los ingresos que se obtuvieran,

Kroc, logró más que desarrollar especificaciones de un negocio exitoso y una eficiencia, se convirtió en el creador de las franquicias formato de negocio.

Los franquiciatarios llevaban a cabo una uniformidad o estandarización de producto jamás usadas tanto en la imagen como en el servicio y el estricto control de calidad; así como el hecho de que las normas básicas del negocio tenían que ser estrictamente cumplidas por los franquiciatarios. No daban lugar para modificación alguna en las normas establecidas por el franquiciante.

Ray Kroc significó para los hermanos Mc. Donald muchos millones de dólares pues a partir de 1948 que empezó a trabajar con este esquema y hasta finales de los ochenta se abrieron más de 10 mil establecimientos de "Mc. Donald's" abriendo paso en todo el mundo a las demás franquicias.

En los primeros años de los ochenta "Mc. Donald's" decide entrar en nuestro país, precisamente cuando en México se vivía un momento de crisis económica y sobre todo en el ambiente se respiraba una incertidumbre en el futuro de nuestro país. Pues la economía de México se encontraba al borde de un colapso de dimensiones extraordinarias, registrándose en el banco central uno de los índices de reserva internacional más bajo de la historia reciente.

Precisamente, en esa época, Mc. Donald's comenzó a sentar las bases en el mercado mexicano. Los dos primeros contratos de franquicia de Mc. Donald's

celebrados en México se realizaron con Saúl Kahan en el Distrito Federal y Diego Zorrilla en Monterrey. Abriéndose la primera a finales de 1985, antes de su apertura hubo que obtener la aprobación y registro de sus contratos ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, quien se ofreció con dificultades, y para su aceptación se le impusieron a Mc. Donald's una serie interminable de compromisos.

Para que las autoridades aprobaran éste registro de contratos, en aquél entonces, fue necesario explicar las diferencias básicas entre una franquicia y los tipos de contratos que tradicionalmente se sometían a su aprobación y registro.

Las autoridades del Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, consideraban exagerado el contrato de franquicia por lo voluminoso de éste; ya que para su aprobación, llegaban a sus manos los contratos de licencias de marcas o de asistencia técnica, y dichos contratos generalmente no rebasaban más de 15 cuartillas, mientras que un contrato de franquicia, en el mejor de los casos, tenían más de 50 cuartillas, además de sus anexos. Esto dio lugar a que la confusión de franquicia y otras figuras afines fuera desapareciendo.

En realidad en México podemos ver que los antecedentes son sumamente recientes, a partir del éxito de las primeras franquicias en nuestro país, se concibió en febrero de 1988 la iniciativa de crear la Asociación Mexicana de Franquicias A.C., teniendo ésta, el propósito de difundir y promocionar la franquicia en México, así como mejorar las condiciones legales, que para aquel entonces eran insuficientes, no

por ello afirmamos que en la actualidad ya lo son, sin embargo dicha asociación ha propiciado un crecimiento de las franquicias en nuestro país.

Para 1989 en México se concebía un ambiente más favorable para las franquicias, considerando ya , que nuestro país se encontraba en el final de la "primera edad", esta edad que consistía en la importación de franquicias; y se estudiaba el avance calculando el tiempo que tardaría en la "segunda y tercera edad" que se caracterizaban, respectivamente, por el desarrollo de franquicias mexicanas y su exportación. La opinión de los expertos es que desde 1990, México se encontraba ya en la "segunda edad" ya que empezábamos a ver el surgimiento de franquicias mexicanas hacia el resto del mundo.

No era posible que México se sustraería al fenómeno de las franquicias, cuando las estadísticas establecen que uno de cada tres dólares gastados por los consumidores norte americanos fueron gastados en negocios franquiciados.¹¹

1.3. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la franquicia, se encuadrada en el derecho mercantil. La razón de ésto es precisamente que el derecho mercantil tiene sus principios en las relaciones entre particulares, y es que todo contrato entre particulares encuentra su

¹¹ INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION : p. viii.

fundamento en la rama civil de la que se deriva la mercantil. Así, el artículo 78 del Código de Comercio señala:

"En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del contrato comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados".

Y precisamente es el contrato un acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, siendo también "... la fuente ordinaria de las obligaciones entre personas, sin importar que éstas sean físicas y morales. Los contratos se extienden tanto a las relaciones entre personas como a los bienes e incluso a la familia."¹²

Supletoriamente al Código de Comercio, según el artículo 2o., se aplica el Código Civil para el Distrito Federal el que define al contrato como una especie del género convenio, como efectivamente es, lo anterior de acuerdo con su artículo 1792, que dice:

"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar, o extinguir obligaciones."¹³

¹² SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN: De los contratos Civiles ; p.3

¹³ Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, p.325.

Mientras que en el artículo 1793 se señala que el término de convenio tiene dos acepciones:

"Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."¹⁴

Siendo así, podemos establecer que el contrato de franquicia produce y transfiere derechos y obligaciones entre las partes contratantes sobre las cuales ahondaremos en el siguiente capítulo.

A pesar de que en nuestra legislación no está contemplada la figura de la franquicia con la validez que en otros países tiene, se puede afirmar que la franquicia es un contrato principal por que "... pueden existir por sí y tienen fin propio independientemente de los demás"¹⁵

"El contrato es la vía más amplia para la creación voluntaria de derechos y obligaciones, y de esta forma, siempre que se den sus elementos, se producirán los efectos de un acto de ese tipo, aunque esa especie del acto no estuviera expresamente regulada por la ley ; ello se confirma con la lectura del importante artículo 1858 del Código Civil vigente y que a la letra dice:

¹⁴ IDEM.

¹⁵ SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN : Op. Cit. ; p.3

"Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento".

Y del artículo 1859 que completa el sistema al preceptuar :

"Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".¹⁶

No obstante lo anterior, hay ciertos elementos con que debe contar un contrato tanto para su existencia como para su validez, sin importar si es civil o mercantil. Estos elementos son, de conformidad con nuestro Código Civil en sus artículos 1794, 1795 y 1796:

- (i) elementos de existencia: el consentimiento y el objeto.¹⁷

¹⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO : Derecho de las obligaciones ; pp. 150-151.

¹⁷ Artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. p.325

- (ii) elementos de validez: La capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la forma, y el motivo o fin determinante de la voluntad.¹⁸

Por lo que respecta a el consentimiento y el objeto, (elementos de existencia) son aplicables directamente al contrato de franquicia sin alteración alguna. El consentimiento se traduce en la voluntad de las partes para obligarse en términos del contrato de franquicia y se manifestará a lo largo del instrumento contractual, especialmente en las declaraciones que efectúen las partes y concluirán al momento de estampar su firma.

El objeto en el contrato de franquicia lo constituye precisamente la creación o transmisión de derechos y obligaciones entre las partes contratantes que, desde el punto de vista del franquiciante implican, en términos generales, la obligación de otorgar la licencia de uso de una marca o nombre comercial, según sea el caso, así como la asistencia técnica necesaria, a cambio del pago de una contraprestación, es decir, el pago de regalías.¹⁹

En cuanto a los elementos de validez, encontramos que:

¹⁸ Artículo 1795. Ídem

¹⁹ ARCE GARGOLLO: p.29

La capacidad de las partes, se basa fundamentalmente en la capacidad general que la legislación civil, en relación con la legislación mercantil, señala, y que son:

- a) "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley"²⁰
- b) "Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo".²¹

Por lo que respecta a la ausencia de vicios, serán aplicables el dolo, el error, y el uso de la violencia, de acuerdo con lo fijado en materia civil.

La lesión, señala, el artículo 385 del Código de Comercio, no será causa de rescisión, a *contrario sensu* de los contratos civiles.

La forma, para el contrato de franquicia, es un tema muy importante dado el carácter típico del contrato, en esta ocasión quisiéramos hacer una breve mención de este elemento, pues en el Capítulo II, se analizará a fondo. En conclusión la forma exigida para el contrato de franquicia es la escrita ante las autoridades competentes,

²⁰ Art. 1798 del Código Civil; *Op. Cit.*, p.326

²¹ Art. 5 del Código de Comercio y Leyes complementarias, p.4.

siendo ésta, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial(IMPI), registrando tanto el contrato de franquicia como la licencia de uso de la marca o del nombre comercial.

1.4. CLASIFICACIÓN

Encontramos que existen, por su complejidad y funcionamiento, tres clases de franquicias, y son:

- (i) Franquicia de producto y marca registrada.
- (ii) Franquicia de formato de negocio.
- (iii) Franquicia por conversión.

La evolución de la figura de franquicia provocó cierta confusión, pues como ya sabemos la franquicia se creó con la finalidad de resolver el grave problema de distribución de productos y servicios, un elemento importante en toda figura de franquicia es la licencia o concesión de la marca o nombre comercial, este elemento da lugar a la diferenciación de dicha figura, "Confundir a la licencia de marcas con la franquicia sería tanto como sustraer a esta última los conocimientos y el *know-how* que son indispensables para la operación del negocio."²²

²² E. Y R. GONZÁLEZ CALVILLO : Op. Cit. ; p.24

La diferencia radica en que la franquicia de producto y marca registrada no es más que un arreglo en virtud del cual el franquiciante otorga al franquiciatario el uso y explotación de un nombre comercial o marca, y se convierte en el proveedor "exclusivo" de los productos o servicios que comercializará o distribuirá el franquiciatario.

Ejemplos de franquicia de producto y marca registrada pueden ser la industria automotriz, la industria embotelladora, las gasolineras, y tiendas de ropa, siendo un factor importante la naturaleza del propio negocio, antecediendo y por mucho, a la franquicia de formato de negocio, sin embargo la evolución de esta última ha provocado que muchas que operaban bajo el formato de franquicia de producto y marca registrada, cambien a la franquicia de formato de negocio. Según lo mencionado en el punto 1.2. de este capítulo, donde hacemos referencia a los antecedentes históricos de la franquicia, y de acuerdo con los antecedentes podemos ver que la franquicia de producto y marca comercial es la más antigua, incluso, el Instituto Brasileño de Franchising, la consideran como la primera generación de las franquicias, ya que esta figura se caracteriza por la limitación de información del franquiciante al franquiciatario, por tal razón es difícil en la actualidad considerar a ésta como el "sistema" ideal de franquicia.

La franquicia de formato de negocio, sin embargo, ofrece al franquiciatario tres elementos esenciales, el primero de estos elementos es el nombre comercial o marca que será distintivo en el mercado, el segundo elemento es el pago de regalías

periódicamente del franquiciatario al franquiciante como una contraprestación al derecho de vender los productos o prestar los servicios del nombre o marca, y el tercer elemento, encontramos al suministro de servicios, que se refiere al control y asesoría que prestará el franquiciante al franquiciatario durante la vigencia del contrato.²³

Además de lo anterior, el franquiciante ofrecerá los conocimientos y experiencias en la operación del negocio, sus criterios y especificaciones para la construcción o adaptación del local, así como los parámetros y requisitos que deberá cumplir al franquiciatario en la selección y contratación del personal, y publicidad y promoción de la franquicia.

A la franquicia de formato de negocio se le atribuye el éxito avasallador de la figura de la franquicia .

La franquicia por conversión encuadra en la franquicia de formato de negocio, con la diferencia de que ésta tiene como objetivo los negocios independientes que ya están operando. La idea de la franquicia por conversión, se basa en el desarrollo de un negocio independiente al que se le ofrece la oportunidad de integrarse y formar parte de un sistema.

²³ S. RAAB Y G. MATUSKY: Op. Cit., p.42

Podemos decir que limita su independencia, pero se compensa con la adquisición del nombre comercial o marca, los métodos uniformes y el suministro de servicios de asistencia técnica o de transferencia de tecnología.²⁴

1.5. CARACTERÍSTICAS

"Los intereses de las partes son comunes, por lo que podemos decir que es un contrato de colaboración y es un modo de organización para la explotación de dichos intereses."²⁵

Es necesario, para caracterizar a las franquicias, dejar claro que la franquicia no surgió a partir de una "tormenta de ideas", la franquicia no es consecuencia del ingenio de una invención de una o más personas, sino que nace a partir de una necesidad: la necesidad de resolver el problema que representaba la eficiente distribución de un producto o servicio, es entonces cuando la inversión de capital para la apertura de establecimientos y una expansión eran el problema principal que dio origen a los primeros indicios de la figura, el conjunto de esas necesidades creó a la franquicia.

Y es la creciente inversión de capital aportado para la apertura de establecimientos, una de las principales características de la franquicia, ya que con

²⁴ S. RAAB, *Ibid.* p. 42-43

²⁵ J. ARCE GARGOLLO : *Op. Cit.*; p.31.

sus aportaciones los franquiciatarios obtienen el derecho de usar una marca o nombre comercial y explotar una negociación mercantil.

La marca es un imán que otorga imagen, prestigio y el reconocimiento del consumidor. A través de la marca el consumidor reconoce el producto o servicio que se presta, el método uniforme y la calidad ofrecida. La marca se fortalece y multiplica su poder a través de la publicidad y el desarrollo de las franquicias.

La asesoría que el franquiciante otorga al franquiciatario permanentemente cumple con la obligación del franquiciante de garantizar a su socio el éxito en su adquisición, pues deberá proporcionar asesoría, asistencia, conocimientos técnicos y experiencias conocidas como el *know-how*, en pocas palabras, (su saber).

Por obtener la marca o nombre comercial y asistencia técnica, el franquiciatario, tiene la obligación de pagar regalías, éstas son pactadas periódicamente de acuerdo a los resultados obtenidos en la negociación, esto es, al éxito y a las utilidades producidas por el establecimiento, se determinaran a partir de un porcentaje de los ingresos brutos (ventas) del negocio además del pago de una cuota inicial que se fija y se paga a la firma del contrato, dichos pagos a penas pagan por todo lo que se otorga en una franquicia, que incluyen una marca o nombre comercial y la valiosa tecnología.

Una característica trascendental es el control de calidad, pues cualquier violación por pequeña que sea podría ser causal de rescisión del contrato, y podría otorgar incluso el derecho de demandar daños y perjuicios por incumplimiento.

La territorialidad es un derecho exclusivo de la franquicia, ya que en casos específicos se protege al espacio geográfico con el que cuenta el franquiciatario protegiéndolo así de una competencia de su propio sistema.

Un sistema de franquicia tiene una capacidad de demanda y de compras que le otorga cierta ventaja sobre sus competidores independientes, lo cual involucra un poder en las relaciones bancarias en lo relativo a la obtención de créditos, y con el resto de sus proveedoras y para obtener artículos exclusivos, es decir, artículos que únicamente se pueden encontrar en los establecimientos de las franquicias ya que son producidos para ellos, en exclusiva.²⁶

En consecuencia, podemos afirmar que, también existe la analogía entre la relación que se inicia en virtud del contrato de franquicia a la relación entre un socio que aporta capital y un socio industrial. En este caso las similitudes son aún mayores porque éstas se extienden a los derechos y obligaciones de las partes en ambas relaciones jurídicas.

²⁶ M. Bescos: Op. Cit.; p.121.

CAPITULO II
EL CONTRATO DE FRANQUICIA

2.1. ANÁLISIS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN MÉXICO

En México, el contrato de franquicia, causó y causa gran expectación, pues se caía en el error de confundir a las franquicias como contratos de concesión de un nombre comercial o marca, y la sorpresa es que el contrato de franquicias no limita sus cláusulas como en el caso de las figuras antes mencionadas.

Para que un contrato exista se requiere principalmente de un objeto y de un consentimiento; respecto a éste último, el artículo 1974 del Código Civil señala que: "El consentimiento es el acuerdo de voluntades que tienen por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones".

La cosa que es objeto del contrato, debe existir en la naturaleza, debe ser determinada o indeterminable en cuanto a su especie, así como deberá estar en el comercio.

Si tomamos en cuenta que el objeto directo de los contratos, consiste en crear o transferir derechos y obligaciones, no podemos descartar que estas son características propias de un contrato de franquicia. Sin embargo el contrato de franquicia se celebra evidentemente creando y transfiriendo derechos y obligaciones para el franquiciante como para el franquiciatario, como en el caso de la transmisión

del derecho de uso de la marca del franquiciatario al franquiciante. Lo anterior basándose en que el acuerdo de voluntades del franquiciante como del franquiciatario, para crear y transmitir derechos y obligaciones, es la existencia del consentimiento.

En la franquicia, el franquiciante otorga valores y talentos que permiten la eficaz conducción de un negocio; aportando al franquiciatario su marca o nombre comercial, así como todos sus conocimientos y además su experiencia en el manejo y operación de un negocio con esto se cumple con el objeto de transferir derechos, y respecto a las obligaciones, podemos señalar, que el franquiciatario tendrá la obligación de cumplir con lo señalado y pactado dentro del contrato de franquicia.

Consideramos que el contrato de franquicia cumple con lo anterior, de acuerdo con lo enumerado en el artículo 2011 del Código Civil, que señala los cesos de obligaciones de dar, consistentes en:

- ... la traslación de dominio de una cosa cierta;
- ... la enajenación temporal del uso o goce de una cosa cierta;
- ... y, la restitución de cosa ajena o pago de cosa ajena o pago de cosa debida;

El mismo ordenamiento en sus artículos 2027 y 2028, señala las obligaciones de hacer consistentes en la prestación de un hecho, y las obligaciones de no hacer como la abstención de la realización de un hecho.

En el caso del contrato de franquicia hablamos entonces de la obligación del franquiciante de dar la asistencia correspondiente y la asesoría necesaria al franquiciante, así como la obligación de éste último de dar a cambio de todo lo anterior el pago de una regalía pactada en el mismo, entre otras.

En la figura jurídica de la franquicia, podemos deducir, que existe un objeto directo, que consiste en la creación o transmisión de los derechos y obligaciones para ambas partes; sin descartar que el objeto indirecto se presenta en las obligaciones de dar, hacer y de no hacer, apegándose a lo dispuesto en el C.C.; en conclusión, podríamos afirmar que el contrato de franquicia se encuadra a los términos de un contrato, que establece el C.C.

El análisis de este contrato, ya determinado como tal, consistiría en establecer qué tipo de contrato es, además de, a qué materia del derecho pertenece. Es de suponerse, que esta figura puede encuadrarse dentro de un contrato civil como mercantil. Y Para determinar la mercantilidad del contrato de franquicia, nos referiremos, básicamente, a dos criterios, el primero, que reputa como mercantil toda actividad enumerada en el artículo 75 del C. Comercio.²⁷Y el segundo, en su concepción moderna que califica de mercantiles todos los actos realizados por empresas como sujetos de derecho mercantil.

²⁷ Cir., JOAQUÍN RODRÍGUEZ: Curso de derecho mercantil; p.29

La figura de la franquicia, es una figura comercial, y precisamente es un acto de comercio, lo que delimita al derecho mercantil del derecho civil. "En primer lugar, a la aplicación de determinadas normas sustantivas especiales para las obligaciones y contratos mercantiles, reglas especiales que derogan a las normas civiles de carácter general. El segundo motivo importante es la vía procesal para el caso del conflicto, que implica que las normas aplicables a cada procedimiento, son también, diferentes."²⁸

Sin embargo, los actos de comercio se determinan a través de criterios; hablamos de los criterios subjetivo y objetivo, el criterio subjetivo define el acto de comercio considerando a quien lo realiza; en este caso nos referiremos, tanto al franquiciante como al franquiciatario. Mientras que el criterio objetivo, llega a la definición considerando ciertos actos mercantiles, que gozan de absoluta independencia de la persona que efectúa el acto.

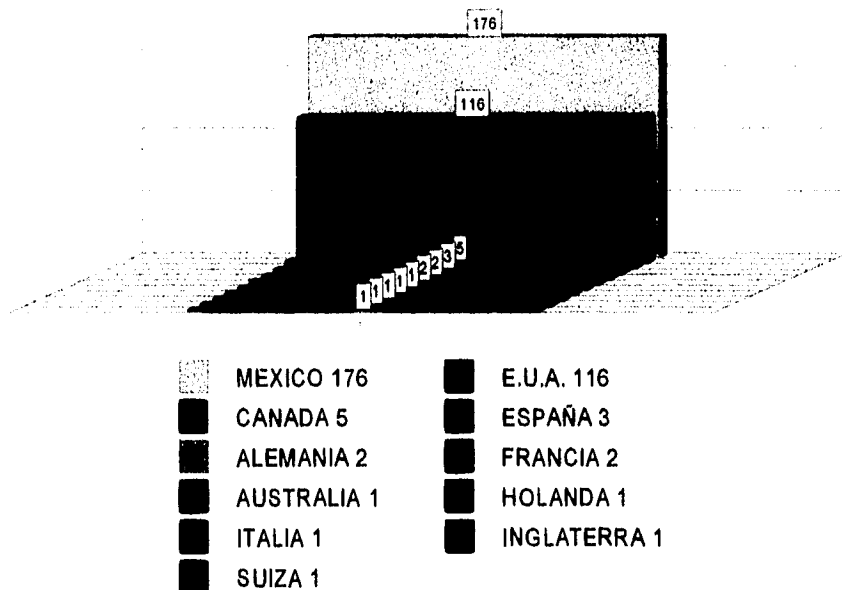
Es necesario entonces, y de acuerdo a las descripciones que anteceden, encuadrar a la franquicia como una figura meramente mercantil, de acuerdo a los dos criterios descritos en el párrafo anterior, pues la franquicia, es un acto de comercio.

Durante el desarrollo de este capítulo analizaremos lo más importante del contrato de franquicia, así como su encuadramiento legal en el sistema jurídico

²⁸ J. ARCE GARGOLLO: Contratos mercantiles atípicos ; p. 18

mexicano, teniendo como base que en nuestro país la franquicia maestra mexicana está ganando terreno frente a las franquicias extranjeras, según los datos al mes de julio de 1996, emitidos por la Asociación Mexicana de Franquicias, de 1989 a la fecha el incremento de los franquiciantes mexicanos es de un 40%, pues son un total de 309 franquiciantes.²⁹

Del total de franquicias maestras que operan en el país, 176 son de origen mexicano.



Haciendo un total de 309 franquiciantes con distintos giros:

²⁹ Franquicias, Periódico Reforma, Roberto Avilés. Publicación del 30 de Septiembre de 1996, p.2.

Giro de los 309 franquiciantes	
Alimentos en general	25%
<i>Restaurantes y Bares</i>	11%
<i>Ropa y Calzado</i>	8%
<i>Cuidado Personal</i>	6%
<i>Capacitación y Educación</i>	4%
<i>Diversiones</i>	4%
<i>Rafacciones</i>	4%
<i>Tintorerías y Lavanderías</i>	4%
<i>Hoteles</i>	3%
<i>Material de Construcción</i>	3%
<i>Renta de Vehículos</i>	3%
<i>Servicios de Limpieza</i>	3%
<i>Bienes Raíces</i>	2%
<i>Impresión y Copiado</i>	1%
<i>Servicios de Paquetería</i>	1%
<i>Tiendas de Convivencia</i>	1%
<i>Varios</i>	16%

2.2. PERFIL DEL CONTRATO

Al celebrar contrato de franquicia, el franquiciante y el franquiciatario evidentemente crean derechos y obligaciones para ambas partes, las cuales analizaremos en el siguiente capítulo; asimismo se transmiten o transfieren derechos y obligaciones, como es el caso de la transmisión del derecho de uso de la marca hacia el franquiciatario y por supuesto, al celebrar dicho contrato se manifiesta el acuerdo de ambas partes, ya sean personas físicas o personas morales.

Partiendo entonces de la deducción que el contrato de franquicia es de carácter mercantil, podemos deducir que su perfil, se referirá a un contrato:

a) Bilateral o Sinalagmático, ya que hace nacer obligaciones recíprocas para la partes que en él intervienen.³⁰ Como lo señala el artículo 1836 del C.C. "El contrato es bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente"...hecho que en el contrato de franquicia existe, pues en dicho contrato existen derechos y obligaciones, para ambas partes.

b) Oneroso, en cuanto a que existe en el contrato de franquicia una reciprocidad en los provechos y ventajas obtenidos a la firma del contrato así como las cargas y gravámenes estipulados. De acuerdo a lo señalado en el artículo 1837 del C.C. "...el contrato oneroso es aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos;..."

c) Formal, pues su validez depende de ciertas formalidades exigidas por la ley, como antecede a este capítulo, mencionamos la importancia de la formalidad en nuestro contrato objeto del presente trabajo, éste no será la excepción, pues deberá de registrarse para poder surtir los efectos a terceras personas, de acuerdo a lo señalado en el artículo 143 de la LPI.

En adelante analizaremos los elementos formales que le darán validez a nuestro contrato, pues de acuerdo con lo que el maestro Manuel Bejarano Sánchez afirma, creemos que "hay actos y contratos a los que el legislador

³⁰ Gutiérrez y González Ernesto; Op...Cit...; p.p. 152 y 153

asigna una forma necesaria para su validez. En ellos la voluntad debe ser exteriorizada precisamente de la manera exigida por la ley, pues, de lo contrario, el acto puede ser anulado. En los contratos formales, la falta de la forma legal, no impide la existencia del acto, pero sí los afecta en su eficiencia.”³¹

d) De tracto sucesivo, ya que las obligaciones y las contraprestaciones de las partes, serán continuas o periódicas durante la vigencia del mismo. Sin embargo si existiere una modalidad o condición, ninguna de éstas surtirá efectos retroactivos.

e) Es un contrato aleatorio, pues no se puede valorar la ganancia o la pérdida que conlleva el acontecimiento, sin embargo, existen contratos de franquicia, en los que desde el inicio se puede evaluar la ganancia o pérdida. Al respecto, el artículo 1838 de C.C. en su segundo párrafo, establece... “ Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.”

Deduzcamos entonces, que el contrato de franquicia, es meramente aleatorio, puesto que, al momento de la firma de éste, aún no se sabe qué

³¹ Bejarano Sánchez, Manuel: Obligaciones Civiles ; p. 41

ganancias habrá, ó qué pérdidas habrá en el negocio, pero al momento de la firma del contrato se realiza un pago para la realización de dicho contrato, esto último corresponde a la parte conmutativa que tiene.

f) Es un contrato traslativo de uso, pues la principal finalidad del contrato es transmitir el derecho a usar una marca y la transferencia de la tecnología.

g) Es un contrato típico, a pesar de que la franquicia carece de una reglamentación particular y específica, en la legislación mexicana la franquicia como tal no se encuentra regulada, no por esto sus obligaciones y contenidos que de alguna forma encuadran a la perfección con lo que ya establecido en nuestra legislación, existe lo dispuesto en la LPI en su Art. 142, en donde se establece a la franquicia como una figura jurídica.

h) Es un contrato principal, pues no necesita de otro contrato para existir. El contrato de franquicia es principal, pues de acuerdo con las características de éstos, el contrato no necesita para su validez, de un contrato que lo refuerce, este contrato existe por sí mismo, y si existiera otro contrato, el segundo no implicaría algún menoscabo en la fuerza propia del contrato de franquicia que es principal.

i) Pero sobre todas las características del perfil del contrato de franquicia, debemos considerar que por su naturaleza el contrato es un contrato de

colaboración, pues en éste más que en otros, las partes siempre encuentran estrecha colaboración para el funcionamiento óptimo, de resultar correcta la colaboración, los resultados para ambas partes serán muy buenos.

2.3. PRECONTRACTUALES

El acto precontractual, ... "son las pláticas o actos previos para ver si se celebra un contrato, pero sin que esos actos precontractuales impliquen una oferta, propuesta o policitud en los términos que se viene estudiando."³²

La precontractualidad en el contrato de franquicia, se refiere principalmente, a una serie de pláticas y un gran trabajo por hacer, las partes que intervienen, tanto franquiciante como franquiciatario, se encuentran desde antes obligados a hacer; en el caso del franquiciante, su deber es hacer del conocimiento del público en general la oferta de su franquicia, además del inversionista ó futuro franquiciatario, deberá de exponer, tanto su producto, como su nombre comercial o marca, mismos que ya gozan de cierto reconocimiento por su calidad, así como deberá exponer la posibilidad de éxito en lo que podría ser su negocio, basado en las estrategias de venta y publicidad. Las obligaciones del franquiciatario, se basan principalmente, en la exploración del mercado que se le plantea, además de estudiar su perfil, y así podrá

³² Gutiérrez y González, Ernesto; *Op. Cit.* ; p.185.

seleccionar el segmento del mercado en el que le interesa iniciar su propio negocio a través de la franquicia.

Después de haber estudiado sus propios intereses, las partes, ya con el pleno conocimiento de las ventajas y desventajas de la posible negociación, y previo aún a la celebración del contrato de franquicia, las partes deberán considerarse uno a otro, esto es, el franquiciante le entregará a su futuro franquiciatario, una circular de oferta y "... Esta circular de oferta esta integrada por información técnica, financiera y económica.",³³ con ésta circular el franquiciatario conocerá a grandes razgos lo que es el negocio que pretende adquirir en franquicia, y con base a esto tomará su determinación.

Sin embargo, con la entrega de la circular de oferta al franquiciatario, se corren riesgos, por tal razón consideramos que, para proteger la propiedad del sistema de franquicia correspondiente, el franquiciante debe celebrar un convenio de confidencialidad con el franquiciatario respecto de la información contenida en dicho documento.

2.3.1. CONFIDENCIALIDAD.

³³ Art. 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, p.45.

...“el franquiciatario 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;”³⁴

La confidencialidad, en algunos casos es más importante que el otorgamiento de la marca o del nombre comercial que le es otorgado al franquiciatario, en otros casos podemos decir que van de la mano, pues el valor de la información y conocimientos que el franquiciante pone en manos del Franquiciatario es de un valor incalculable.

En la etapa precontractual, al contrato de franquicia, la confidencialidad consiste en la información contenida en la circular de oferta que solo podrá ser conocido por el futuro franquiciatario.

Dicha circular de oferta, consiste, según el art. 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, en ...“la información mínima que el franquiciante debe entregar a los posibles franquiciatarios previa la celebración del contrato de franquicia. Esta circular de oferta está integrada por información técnica, financiera y económica.”

³⁴ J. Arce Gargollo: Op.Cit. .P. 49.

Así pues, el uso inadecuado o la divulgación, resultan un perjuicio económico en el caso de las franquicias, peor aún, si esta información llegara a manos de los competidores o si es objeto de mal uso.

De igual forma, si el contrato de franquicia, no llegara a realizarse por cualquier circunstancia, las obligaciones que asume el Franquiciatario de guardar y no divulgar los conocimientos que se le han entregado a terceros, no solo persiste antes y durante la vigencia del contrato, continua incluso, después de la fecha de su terminación.

2.4. ELEMENTOS PERSONALES

La franquicia es un método sumamente fructífero para distribuir y comercializar tanto productos como servicios, aún con esto, este sistema no siempre es el más viable para cualquier negocio, ya que existen requisitos contables, administrativos y legales que deben ser satisfechos antes de que cualquier compañía lo considere como el medio ideal para un crecimiento. Algunas compañías se han precipitado al adoptar el sistema de franquicias y lanzar su programa estructural al medio, estos casos se dan sobre todo cuando dichas compañías por sus deseos de expansión se ven presionadas a adoptar el sistema, presionados generalmente por consultores que sin tener el conocimiento suficiente del sistema, o por el simple hecho de esperar sus honorarios por plazos muy largos, "lanzan" a sus clientes, a la gran aventura.

En primer lugar, la franquicia no debe ser considerada sólo como un método de mercadotecnia o de distribución... pues lo anterior provoca las terribles caídas tanto de quien da su negocio en franquicia, como de quien lo adquiere.

Las partes que conforman una franquicia, establecen una relación de negocios que además de ser única, es también compleja. Por tal razón, las partes de este contrato deben ser considerados como empresarios de una categoría especial, ya que no sólo venden un producto o un servicio, sino que también deben conocer del mercado en el que están participando, y en colaboración hacer del negocio, un éxito que lleve a ambas partes a un beneficio mutuo.

Es muy frecuente que a las partes que intervienen en el contrato de franquicia (franquiciante y franquiciatario), tanto en la doctrina, como en la práctica, se les denomine de diversas maneras, tales como: "proveedor y adquiriente", "licenciante y licenciataria", "otorgante y concesionario", y "franqueador y franquiciado", entre otras tantas formas de denominarlos. Esta divergencia de opiniones podemos atribuirla al poco conocimiento de la figura de la franquicia, así como al mal encuadramiento de dichos elementos en el marco de la ley.

Por un lado, la LRTT en su artículo 23 hacía referencia de ambas partes como: el proveedor y adquiriente, sin embargo en la práctica, algunas personas las denominaban como licenciante y licenciataria. En la doctrina española prefieren utilizar los términos de franquiciador y franquiciado. Consideramos que los términos

anteriores son demasiado generales, por nuestra parte, creemos que es más adecuado utilizar la denominación de "franquiciante y franquiciatario", para identificar a las partes de acuerdo a como se les identifica en el contrato, ya que las anteriores denominaciones carecen de un adecuado significado, pues, no dejan clara la idea de quién es quien otorga la franquicia, y quien es quien recibe el beneficio de la misma, sin embargo, las definiciones que utilizaremos durante todo el desarrollo del presente trabajo cumplen con todo lo necesario para ser plenamente identificadas cada una de las partes.

2.4.1. FRANQUICIANTE

Es la persona que es propietaria de una marca de producto o servicio, y que cuenta con la tecnología y conocimientos técnicos para desarrollarlo (*know-how*), y en virtud de un contrato de franquicia, otorga al franquiciatario el derecho de uso de una marca y el *know-how*, a cambio de una contraprestación. Igualmente es quien se obliga a prestar al franquiciatario asistencia técnica constante, una asistencia organizativa, gerencial y administrativa.

El franquiciante, de acuerdo con la caracterización anterior, tendrá la obligación de saber trabajar en colaboración o equipo, pues no deberá operar en "régimenes autoritarios", en donde no sé de espacio para negociar sin escuchar sugerencias, deberá poseer un alto grado de determinación y de persistencia, pues es bien sabido que todo negocio siempre experimentará unos cuantos sobresaltos, pero sobre todo

durante el despegue. El franquiciante, es flexible y extremadamente profesional, pues una característica importante de quien franquicia, es el alto grado de conocimientos sobre el negocio, y por último, el franquiciante, deberá ser un excelente vendedor, esta última cualidad será el punto de apoyo para quienes serán futuros franquiciatarios y que no siempre disfrutan de ésta cualidad.³⁶

Respecto a la capacidad del franquiciante, como elemento de validez de los contratos, debemos distinguir, por un lado, a la capacidad de goce, de la que se alude, a la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones. Y la capacidad de ejercicio, que se dice que es la aptitud de la persona para ejercer por sí misma sus derechos o asumir sus obligaciones. Encontramos como sub-especie, de la capacidad de ejercicio, a la capacidad de contratar; y ésta consiste en la aptitud que es reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato. Y si existe incapacidad, este obstáculo podrá salvarse por medio de un representante, siempre y cuando el contratante esté en aptitud de hacerlo. Por tal razón, es importante destacar, al momento de realizar el contrato, la capacidad del contratante.

"... el franquiciante, deberá también gozar de legitimación para contratar; es decir, la aptitud reconocida en la ley para poder ser parte en un contrato. En este

³⁶ González Calvillo Enrique y Rodrigo ; *Op. Cit.*; p.p. 103 y 104.

caso, el contrato de franquicia, cuando hay falta de legitimación no puede celebrarse el contrato en cuestión ni por sí, ni por medio de representante.³⁶

El franquiciante, para gozar de legitimación para contratar, no deberá tener alguna de las incompatibilidades o prohibiciones establecidas en la ley para ejercer el comercio. Por lo que toca a la incompatibilidades, el Código de Comercio señala como incompatibles, entre otros, a los corredores,³⁷ sin embargo otro caso son los notarios públicos.

Por otro lado, nuestro C.C. menciona que son hábiles para contratar, todas las personas no exceptuadas por la ley (art. 1798). Estas pueden ser físicas o morales, que atendiendo a la naturaleza mercantil del contrato se denominan comerciantes, toda vez que caen en el supuesto del art. 3o. de nuestro C. Comercio, que a la letra dice:

"...Se reputan en derecho comerciantes:

- I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

³⁶ Sánchez Medel, R.; *Op. Cit.* ; p.46

³⁷ Art. 12 del Código de Comercio, *Op. Cit.*; p.5.

- III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio."

En cuanto a la capacidad de ejercicio para contratar, el franquiciante deberá tener la capacidad para ejercer el comercio. Siguiendo con nuestro Código de Comercio, encontramos que dispone, en su art. 5o., que : ... "Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio tiene capacidad legal para ejercerlo."

En el caso de que el franquiciante adolezca de la capacidad de ejercicio para contratar, el contrato estará viciado de nulidad relativa.³⁸ Ahora bien, si el franquiciante no gozara de la capacidad de ejercicio, sea cual fuere su giro, podrá disponer de la representación, para que los actos celebrados por una persona llamada representante, repercutan y surtan efectos jurídicos en su esfera jurídico-económica. La representación de las partes es un tema que requiere más especificaciones, por tal en adelante será materia de estudio.

El art. 26 del C.C., señala que : "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución"; por lo que

³⁸ Sánchez Medal R. ; Op. Cit. p.46.

los órganos sociales tienen la facultad de realizar el fin social, incluso, los actos de administración que sean compatibles a la celebración de un contrato de franquicia.

En el caso de que el franquiciante se conforme por una sociedad mercantil, deberá incluir dentro de su objeto social, la celebración de este tipo de contratos, o bien, la enumeración de las actividades que por virtud del contrato de franquicia resultaría obligada. También podría quedar ubicada la capacidad la capacidad de las personas morales, en la frase frecuente que aparece en sus escrituras constitutivas, mediante la cual se menciona que : "...la sociedad mercantil podrá realizar o celebrar todos aquellos actos o contratos tendientes a la realización de su objeto social."

2.4.2. EL FRANQUICIATARIO

Es aquel que a cambio del pago de una contraprestación y de manera contractual, obtiene licencia para uso de una marca comercial, el suministro del *Know-how* o (saber cómo), y la prestación de la asistencia técnica, adquiriendo el derecho a producir o vender un bien, o a prestar un servicio, de un negocio reconocido y con experiencia probada, bajo la imagen corporativa del franquiciante.

Para la celebración del contrato de franquicia, el franquiciatario deberá reunir ciertas cualidades que no están previstas en la ley, pero en la práctica son aplicables, pues el franquiciante es quien las impone para poder considerarlo como futuro

"socio". Dichas condiciones pueden ser de distinta índole, atendiendo, principalmente, a la busca de un perfil apto de considerar, entre éstas cualidades tenemos:

1. Contar con cierta profesión o experiencia en el ramo de que se trate el negocio a franquiciar.
2. Contar con la solvencia económica y capacidad crediticia y financiera aceptable.
3. Tener un perfil psicológico conveniente para el franquiciante.
4. Aprobar un programa inicial de capacitación a satisfacción del franquiciante.
5. Poseer un local donde se establezca la unidad franquiciada, ya sea en concepto de dueño o de arrendatario, y que dicho local reúna determinadas condiciones físicas, como una buena ubicación, superficie, instalaciones y decoración, además de que jurídicamente, se encuentre libre de gravámenes o que el contrato de arrendamiento o sub-arrendamiento cuente con determinadas cláusulas que el franquiciante haya fijado.

Dichas condiciones o cualidades que debe reunir el franquiciatario para poder tener la aptitud en ojos del franquiciante, de celebrar contrato de franquicia, se encuentran generalmente estipuladas en las solicitudes o formas, exámenes y contratos que el futuro franquiciatario debe elaborar o celebrar, según el caso, para entrar a lo que se llama procedimiento de selección del futuro franquiciatario.

Las solicitudes, formas o contratos, previos a la celebración del contrato de franquicia, se determinan de acuerdo al procedimiento que siga el franquiciante para la selección de sus franquiciatarios, variando, en cada caso, según el tipo de franquicia, o de franquiciante de que se trate.

El franquiciante se somete, desde un principio a dichos exámenes, pues desde un principio, la solicitud del franquiciatario, al franquiciante, es un documento en el que van implícitos sus datos personales, familiares, sociales y financieros; a ésta solicitud se le acompaña un examen psicológico ante la persona que designe el franquiciante, aportando estos datos, es recomendable la celebración del contrato preparatorio, al contrato de franquicia, es decir, un contrato de promesa de franquicia, en el que se deben estipular las cantidades que el Franquiciatario va a desembolsar, así como todas y cada una de las condiciones que deberá cumplir para la celebración del contrato definitivo y las consecuencias de que el contrato prometido nunca se llegara a celebrar, pues en esta etapa, ya se habrán invertido recursos del futuro franquiciatario, pero sobre todo el tiempo que haya invertido entre la celebración de la promesa y del contrato definitivo.

Y respecto a la capacidad del franquiciatario, como un elemento de validez en el contrato, debemos señalar que su capacidad deberá ser general para contratar. El franquiciatario, y con excepción de lo señalado para el franquiciante, el franquiciatario no deberá reunir la calidad de ser comerciante y tener la capacidad de ejercer dicha condición. Ya que el franquiciatario no necesariamente tendrá que ser comerciante,

independientemente de que por virtud de la celebración del contrato de franquicia, se convierta o pase a ser comerciante.

2.4.3. LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

En el contrato de franquicia, es muy común que el franquiciante sea una persona moral, de esta forma acentuará a través de un representante, en virtud de que tiene personalidad jurídica propia pero diferente a la de los socios que integran la sociedad. De tal forma que, si consideramos que el franquiciante como persona moral, se convierte en parte del contrato, deberá estar constituido bajo alguna de las formas de sociedad que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las facultades mínimas con las que debe contar el representante, son las fijadas en el mandato general para actos de administración. Las personas morales tienen la facultad de celebrar contratos otorgando un poder especial o general para los actos de administración.

La representación no siempre se referirá a las personas morales, otro tipo de representación es la que consiste en que una persona celebra en nombre de otra persona. Lo anterior es con el objeto de que se produzcan efectos directa o indirectamente, en la persona así como en el patrimonio del representado de tal forma como si él mismo lo hubiese celebrado.

Debemos señalar, que en algunos casos la ley es quien determina el alcance en las facultades de los representantes pues generalmente la representación mercantil sigue los principios de la representación civil.

Al respecto el art. 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala que: "Los representantes por naturaleza de las sociedades mercantiles, son quienes podrán llevar a cabo todas las operaciones relativas a la ejecución del objeto de la sociedad."

En algunas sociedades se otorgan poderes individuales en las que los miembros de dicha sociedad podrán actuar conjunta o separadamente, según sea el caso, poderes que sus órganos o sus apoderados con la facultad de sustitución designan para el caso.

Es importante añadir, que de acuerdo al tema del presente trabajo, y conforme a lo desarrollado en este capítulo, estamos hablando de actos mercantiles, por tal, todo poder que las sociedades mercantiles otorguen a su o sus representantes, quedarán inscritos en el Registro Público de Comercio, que corresponda a la ubicación de la sociedad.

Exponiendo el caso, de que el franquiciante es una persona moral y extranjera, que cuenta con un representante en México, pero con un poder que le ha sido otorgado en el extranjero, entonces dicho poder tendrá que ser sometido a una legalización, que comienza desde notarizarse en el país en donde fue otorgado y

recurrir al consulado mexicano de ese país para legalizarse, para luego protocolizarse ante un notario público mexicano, obviamente, y previa su traducción oficial, que del mismo se llevó a cabo, y se presente ante el notario en cuestión. Todo lo anterior no será necesario, si el cónsul mexicano del país en donde se otorga el poder, funja con funciones de un notario público.

Se da el caso también, de la celebración de contratos de franquicia, en los que el representante del franquiciante, es una persona física extranjera, entonces será necesario que con anterioridad a la firma del contrato, dicho representante cuente con documentación migratoria que le permita celebrar dicho contrato, esto es, que el representante tenga la capacidad de ejercicio necesaria para realizarlo.

Ahora bien, otro caso, puede ser el de las personas físicas que son representadas en el contrato de franquicia, siendo así, estamos ante el caso de que el otorgamiento será de un poder especial para dicho acto o, el otorgamiento de un poder general para actos de administración en los términos del ordenamiento antes mencionado.

Y para finalizar, debemos enfatizar, que la representación de las partes en un contrato de franquicia, así como en cualquier otro negocio jurídico en concreto, se considera de suma delicadeza, ya que si el representante de alguna de las partes en el contrato, actúa sin facultades necesarias para ello, este acto lo obliga a él en lo

personal, pero no se podrá obligar a su representado sino hasta el límite de las facultades que el representado le haya otorgado.

2.5. ELEMENTOS DE FONDO

Podemos afirmar que la franquicia se compone, principalmente por cinco elementos claves que distinguen a éste contrato de otros, considerando a: los conocimientos técnicos, el *Know-how* o "saber cómo", la asistencia técnica, la marca o nombre comercial, y la uniformidad...

Sin embargo, la opinión generalizada de algunos autores, que han estudiado el contenido del contrato de franquicia, es, que sólo tres elementos caracterizan a dicha figura, considerando a: la asistencia técnica, la marca o nombre comercial, y la uniformidad.

Obviamente, no compartimos dicha opinión, pues se limitaría a la figura a sólo tres elementos que no nos describen a una franquicia, debemos considerar que la franquicia es mucho más, por tal razón, complementaremos a ésta figura con otros elementos más, como: la territorialidad, el secreto industrial, la contraprestación, y la exclusividad.

Considerando que los elementos de fondo, que conforman a la franquicia, en nuestra opinión son: los conocimientos técnicos, el *Know-how*, la asistencia técnica,

el nombre o marca comercial, la uniformidad, la territorialidad, el secreto industrial, la contraprestación, y la exclusividad, pasaremos entonces a dar una breve descripción de cada uno de ellos.

2.5.1. CONOCIMIENTOS TÉCNICOS, KNOW-HOW, Y LA ASISTENCIA TÉCNICA.

Los conocimientos, como las experiencias que el franquiciante tiene en su negocio son de vital importancia para el franquiciatario, pues ello representa tanto las fórmulas, las recetas, las técnicas y lineamientos operativos del franquiciante, incluso sus controles administrativos que son indispensables para la operación del negocio.

La SECOFI señala que, el paquete tecnológico, es un conjunto de conocimientos organizados (técnicos, empíricos, científicos, etc.), provenientes de diversas fuentes (descubrimiento científico, libros, patentes, etc.) a través de diversas metodologías (investigación, desarrollo, adaptación, copia, espionaje, etc.)³⁹

Los conocimientos técnicos obtenidos son producto de la experiencia, y de una serie de actividades o metodología, es el conocimiento de la causa o él por qué de las cosas. Para Hildegard Rondon de Sansó,⁴⁰el *Know-how*, es "el conjunto de

³⁹ SECOFI, Subsecretaría de Industria; La contratación de tecnología. ; p.38

⁴⁰ Hildegard Rondon de Sansó ; Contribución al estudio del Know-how .; Apud. Jaime Alvarez Soberanis. La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia tecnológica. p.307.

conocimientos técnicos no patentados, destinados al desarrollo de una actividad valorable económicamente de los cuales disponga un sujeto con carácter secreto o no y que sea susceptible de transmisión."

Sin embargo, y de acuerdo con la descripción que antecede a la anterior opinión, deducimos que tanto los conocimientos técnicos como el *know-how*, son cosas distintas, pues los conocimientos técnicos, como ya lo dijimos, son conocimientos de causa o "él por qué de las cosas"... mientras que el *know-how*, en términos gramaticales es el "saber cómo", esto es, "saber cómo hacer esto".

El *know-how* es una expresión elíptica de origen americano, del "*know-how to do it*", que desde 1943 ha circulado en los medios donde los conocimientos técnicos y la asistencia técnica, hacen su aparición. En la franquicia, el *know-how* se refiere al conjunto de informes necesarios para la reproducción industrial, y dicha información proviene de la experiencia que en el proceso de producción se obtuvo, de tal manera que su autor pueda transferirla confidencialmente al franquiciatario.

No obstante lo anterior, la asistencia técnica se refiere al contacto personal a través de formación y capacitación individualizada (seminarios, conferencias, talleres, cursos de entrenamiento, visitas a plantas, etc.). El *know-how*, comprende los medios que utiliza dicha asistencia técnica, como son los planos, diagramas, modelos, formulaciones, especificaciones, instructivos, manuales, etc., mismos que dan lugar

a los conocimientos técnicos. Este "saber cómo", implica que el franquiciante se mantenga al lado del franquiciatario, asistiéndolo en la transferencia de tecnología, para la formación, capacitación y el adiestramiento del personal, ya sea, para la planeación, programación, organización, control de productos, de procesos, de producto o de maquinaria y equipo. *Know-how*, es " el conjunto de invenciones, procesos, fórmulas o diseños no patentados o no patentables que incluyen experiencia y habilidad técnica acumulada, la que puede ser transmitida preferentemente o exclusivamente, a través de servicios personales."⁴¹

De acuerdo con el concepto anterior, y con el fin de evitar confusiones, Cabanellas de las Cuevas,⁴² hace una distinción entre los conocimientos técnicos no patentados, los que son secretos, y los que no lo son, destacando que la protección que corresponde a estos tipos de conocimientos es distinta, ya que las normas, principios y desarrollos doctrinarios que se refieren a los conocimientos técnicos, son los secretos industriales y comerciales, siendo así que esta forma de técnica es la de mayor valor económico para las empresas que la poseen.

La asistencia técnica no queda exenta de ser confundida con el *know-how*, el maestro Le Pera,⁴³ ubica a la asistencia técnica dentro del *Know-how*, en el sentido

⁴¹ Sand López Ricardo; Tratado de derecho comercial, nuevas operaciones mercantiles ; p.158.

⁴² Cabanellas de las Cuevas Guillermo ; Régimen jurídico de los conocimientos técnicos ; p.p. 53 y 54.

⁴³ Le Pera Sergio; Cuestiones de derecho comercial moderno; Apud. Jalme Alvarez Soberanis. Op. Cit., p.310.

amplio, cuando sostiene que, en ocasiones, la información, por específica o pormenorizada que sea, no basta para alcanzar el resultado deseado y por ello es preciso acudir a la experiencia acumulada que no se expresa en datos, planos o especificaciones y a los "medios técnicos de alta especialización", a los que concibe como "empresas de servicios", que concentran no sólo la técnica sino los aspectos organizacionales y que funcionan como "cerebros" de un grupo determinado.

Dichos conocimientos técnicos, así como el *Know-how* y la asistencia técnica, serán cedidos al franquiciatario por el franquiciante, partiendo del punto de vista del maestro Rafael de Pina, que sostiene que, "ceder es dar, transferir o traspasar, a otro una cosa o derecho; transigir o avenirse."⁴⁴

La SECOFI, ha llegado a la conclusión de que no existe una frontera definida en los conceptos de transmisión de conocimientos técnicos, la asistencia técnica, y servicios de asesoría, consultoría y supervisión. Y precisamente son estos cuatro últimos, los complementos de la transferencia de conocimientos técnicos, donde forma parte generalmente el *Know-how* o la asistencia técnica.

La LPI, señala que en toda franquicia deberán ser transmitidos los conocimientos técnicos, y proporcionar asistencia técnica, con el fin de que el

⁴⁴ R. De Pina Vara ; diccionario de derecho; p.124.

franquiciatario pueda producir, vender bienes o prestar servicios, uniformemente, resguardando la calidad, prestigio e imagen que los distinguen.

2.5.2. MARCA O NOMBRE COMERCIAL.

"La marca constituye otra de las instituciones clásicas del sistema de propiedad industrial y como tal ha sido objeto de análisis en la ciencia jurídica."⁴⁵

A pesar de la importancia de ésta, la mayoría de los autores no habían podido precisar el impacto económico de las marcas en el proceso de comercialización de servicios y productos, hasta la llegada de la franquicia, y entonces, cuando se concibe a la marca como un instrumento en el proceso de comercialización de los bienes y servicios que se presentan en el contrato de franquicia, entonces los resultados de su utilización en la figura de la franquicia depende del reconocimiento que dicha franquicia ya tenga en el gusto del público.

El art. 1708 del TLC, señala que la marca es cualquier signo o cualquier combinación de signos que permita distinguir los bienes y servicios de una persona de los de otra, inclusive, nombres de personas, diseños, letras, números, colores, elementos figurativos, o la forma de los bienes o la de su empaque.

⁴⁵ Gutiérrez y González Ernesto; Op. Cit., p.186.

Marca, es, según Ives Saint Gal, "un signo distintivo que permite a su titular (fabricante o comerciante) distinguir sus productos o servicios de los de la competencia...",⁴⁶ obviamente, analizándola desde un punto de vista jurídico.

Pudiéramos afirmar que jurídicamente la marca es un bien tutelado, sin embargo en América, y hasta antes de existir la figura de la franquicia, el uso de las marcas era una atribución y no un deber del titular. Es importante recordar que el art. 142 de LPI, señala que para que exista franquicia, debe de haber el licenciamiento de uso de una marca; por lo que el titular de una marca registrada podrá concederla mediante un convenio ó licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca.

Nava Negrete⁴⁷ define a la marca como "todo signo o medio material que permite a cualquier persona física o jurídica distinguir los productos que elabora o expende, así como aquellas actividades consistentes en servicios de otros iguales o similares cuya finalidad inmediata es la de atraer la clientela y después conservarla y aumentarla."

El artículo 87 de la LIM, señala que : "Las marcas de productos se constituyen por los signos que distinguen a los artículos o productos de otros de su misma

⁴⁶ Apud. Gutiérrez y González. Op. Cit., p.185.

⁴⁷ Nava Negrete Justo; Derecho de las marcas; p.147.

especie o clase. Y las marcas de servicios se constituyen por los signos que distinguen un servicio de otros de su misma clase o especie.

El nombre comercial es cualquier signo que sirva para distinguir un establecimiento industrial, comercial o de servicios, dentro de la zona donde esté establecido su clientela efectiva. La LPI, en su art. 105, establece que el nombre comercial de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios, y el derecho a su uso exclusivo, y que 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.

La LPI, en sus arts. 95 y 110, señalan que el tiempo de vigencia tanto para el registro de una marca, como el de los efectos de la publicación de un nombre comercial, serán de diez años respectivamente, a partir de la fecha de presentación de la solicitud y podrán ser renovados por periodos de la misma duración, y de no renovarse, cesarán sus efectos.

2.5.3. UNIFORMIDAD.

En el caso de un sistema de franquicia, nos encontramos que además de los elementos que distinguen al producto o servicio, la uniformidad le da distinción, ya

que es el consumidor quien anticipadamente identificará el producto o servicio que quiere y conoce, así como la calidad que ofrecen.

Al referirnos a una uniformidad, hacemos alusión al aspecto y apariencia interna como externa del local en el que se ubica la franquicia, así como la uniformidad del personal y su atuendo, y los productos y servicios que en cada caso se ofrezcan. Esa apariencia y aspecto a que nos referimos, implica la decoración del local, pues esto es parte de la estrategia comercial que el sistema de franquicia aplica, no está de más mencionar la presentación del producto o la forma de prestar el servicio. Además, la uniformidad consiste en igualdad de precios, pues todos los establecimientos que pertenecen al mismo sistema, tanto los productos como los servicios costarán lo mismo, y la uniformidad del mismo llamará la atención del consumidor. Lo anterior, representa una de las mejores armas del sistema, pues su objetivo es que el consumidor no encuentre diferencia alguna entre un local y otro.

Es el consumidor quien da a esta estrategia la importancia que tiene, pues son sus exigencias al conocer algún producto o servicio que le agrada y le satisface, las que lo llevan a buscar en cualquier lugar que va, ese producto o servicio. Es precisamente el fundamento de la uniformidad, satisfacer al consumidor por medio de una identificación, ya sea la marca que es un símbolo de calidad, en la mayoría de las ocasiones.

2.5.4. TERRITORIALIDAD.

El territorio, es en una franquicia es el área de acción, es el espacio en donde el franquiciatario establecerá su negocio sin tener una competencia por parte de su misma franquicia.

Es un elemento clave, pues si no existiera un control territorial se podría caer en el error de que dos o más franquicias de la misma empresa resultaran competidores entre sí, y esto obviamente implica que disminuirían las probabilidades de supervivencia de cualquiera de ellas, y entonces lo que pudo haber sido una buena inversión, resultaría todo lo contrario.

Ahora bien, la territorialidad no será aplicable por igual a toda la franquicia, pues dependerá de la clase de franquicia y la actividad que lleve a cabo, quedando todo esto claramente fijado en el contrato. El territorio lo constituirá la totalidad de un Estado, una ciudad, o sólo unas cuantas manzanas dentro de una colonia o fraccionamiento de una ciudad.

Son las llamadas franquicias maestras, las que constituyen grandes extensiones que puedan llegar a ser desde un estado, hasta un país. Lo anterior se debe a que los titulares de una franquicia maestra, cuentan con las facultades necesarias para celebrar contrato de franquicia, es decir, a sub-franquiciar, de acuerdo a las políticas internas de su propio sistema y dentro del territorio señalado dentro del propio contrato de franquicia que ha celebrado con el franquiciante. Entonces al franquiciatario le toca ejercer dos papeles, pues referente al franquiciante él será un

franquiciatario, pero respecto a los contratos de sub-franquicia, que celebre en su territorio, él será el franquiciante, y un tercero ocupará el lugar de sub-franquiciatario.

2.5.5. EL SECRETO INDUSTRIAL

El secreto industrial, se encuentra muy ligado a la confidencialidad, pues el secreto industrial, es lo que el franquiciatario adquiere como compromiso, el compromiso de mantenerlo confidencialmente, pues se busca evitar competir con los servicios o productos que presta o comercializa la franquicia, ya que su competencia sería desleal, si el franquiciatario da a conocer todo el proceso productivo y la base del éxito de la franquicia, ocasionaría daños que en muchas ocasiones resultan irreparables a la imagen, prestigio y al producto mismo del franquiciante.

La información de aplicación industrial que guarda el franquiciatario, y que lo ubica con ventaja competitiva o económica ante sus competidores, es lo que se conoce como el secreto industrial. La naturaleza, las características, los procesos de producción así como los métodos empleados para dicha producción, los medios o formas de distribución y comercialización de los productos o prestación de servicios son esa información que conforma el secreto industrial.

En nuestra legislación, el secreto industrial no se había incluido en ningún ordenamiento legal, hasta en 1979, que la Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas (LRTT), en su art. 13o.,

establecía el "deber de guardar el secreto", dicha disposición tendía a tranquilizar a los detentadores de la tecnología que son las grandes corporaciones transnacionales, ofreciéndoles un medio jurídico que les asegura que no habrá una aprobación indebida de sus conocimientos técnicos.

En la franquicia, la asistencia técnica, el *Know-how*, y la transferencia de tecnología, se hacen del conocimiento del franquiciatario, y éste se obliga a guardar el secreto industrial que le ha sido otorgado, ya que el éxito de la franquicia se basa en las estrategias de mercado, en los conocimientos técnicos, en los procesos productivos, y la optimización de los materiales humanos.

En la práctica, los contratos de franquicia, incluyen cuando menos una cláusula que hace referencia al manejo y de cierta información que el franquiciante pondrá a disposición del franquiciatario, esto también es considerado como un secreto industrial o información confidencial. Independientemente del momento en que se encuentre el contrato de franquicia, el franquiciatario tendrá en todo momento la obligación de guardarlos y hacer que los empleados que tengan acceso a dicha información, de igual forma, conserven el secreto.

Como al principio de este mismo punto en donde comentamos, que la confidencialidad está muy ligada al secreto industrial, es importante mencionar la conveniencia de que el futuro franquiciatario celebre un convenio de confidencialidad al momento en que el franquiciante le haga entrega de la circular de oferta, todo con

la finalidad de que es secreto industrial persista antes, durante, y después del contrato de franquicia.

2.5.6. CONTRAPRESTACIÓN

El pago de las regalías es la contraprestación que el franquiciatario da al franquiciante por la licencia de su sistema. El pago de la contraprestación se determina al aplicar un porcentaje de los ingresos brutos del negocio que fue franquiciado. Obviamente de franquicia a franquicia el porcentaje varía sin haber uno en particular que se pueda considerar el más justo.

El carácter mercantil del contrato de franquicia y su perfil oneroso, implican que el franquiciatario debe otorgar al franquiciante una remuneración, en pago al otorgamiento de la licencia global del sistema, normalmente existen tres clases de pagos.

- a) La primera, se refiere al pago de ingreso (*franchise fee*), que es cubierto generalmente a la firma del contrato, y es este pago el que da derecho al uso y explotación de uno o más puntos de venta. Esta clase de pago se valora en virtud de dos aspectos : primeramente, el renombre y la reputación que tenga el negocio que es objeto del contrato de franquicia, y el segundo aspecto es la importancia geográfica, así como el tamaño de los establecimientos que explote el franquiciatario.

- b) La segunda, corresponde a los pagos o regalías que constituyen la contraprestación por la operación de la franquicia, además por el apoyo a la asistencia técnica que el franquiciante proporciona cotidianamente al franquiciatario, cada franquicia es diferente, y generalmente el monto que maneja cada uno, es variable, pues se determina con base al porcentaje sobre las ventas que se han obtenido en determinado periodo. En los casos de que el franquiciante vende el producto al franquiciatario, la regalía va incluida en el precio del producto, para evitar el problema de cobro de las regalías con base a la facturación, este es el ejemplo de las tiendas de ropa.
- c) La tercera clase, se refiere a la combinación de las dos anteriores, pues en la mayoría de los casos los franquiciantes fijan una cuota inicial, que justifican en el esfuerzo hecho para lograr el desarrollo de su empresa, así como su marca o nombre comercial, y sobre todo en el *Know-how* y conocimientos técnicos, además de el resto de los elementos que componen a su franquicia. Ahora bien, en esta cuota el franquiciante incluye cierta cantidad que le permite recuperar parte de su inversión por el programa que contrato para el franquiciamiento de su negocio, sin embargo lo más importante que se pretende con este pago, es que el franquiciatario se concientice del empeño que deberá poner para lograr el éxito y la permanencia del negocio que franquició y evitar arriesgar la imagen y la reputación de la franquicia.

Y como ésta es una combinación de las dos primeras, en esta clase, además del pago de inscripción o de entrada, el franquiciante fija regalías que generalmente son mes con mes, como una remuneración adicional que solventa los gastos que se realizan en los servicios de apoyo y de asistencia técnica, así como los gastos de investigación y desarrollo de nuevos sistemas o productos que refuercen el funcionamiento o el éxito de la franquicia.

Es importante enfatizar que el porcentaje de las regalías dependerá de ciertos factores, y como en un principio lo mencionamos, es distinto dicho porcentaje de franquicia a franquicia, pues los factores de los que depende dicho porcentaje, son de valor y penetración de la marca o nombre comercial en cierto mercado, además del valor del *Know-how* transferido.

Y para finalizar, debemos mencionar, que los pagos mencionados se adicionan otros que se basan en el porcentaje de la facturación, pero estos últimos no son para el franquiciante, son destinados a un fondo común del que podrán hacer uso quienes integran la franquicia, los pagos son : las tasas de inauguración de el establecimiento y la tasa de publicidad. No existe, en realidad, un criterio homogéneo, para que se apruebe el monto a pagar, de las regalías de cada franquicia , sea por su área o el tipo de negocio.

2.5.7. LA EXCLUSIVIDAD

La exclusividad es un privilegio del que goza el franquiciatario para explotar en cierto lugar y tiempo determinado un negocio que es objeto del contrato de franquicia. De acuerdo con la definición que antecede, podemos observar que los dos elementos que conforman a la exclusividad, son el territorio y el plazo.

En este mismo capítulo, analizamos lo que respecta a la territorialidad, sin embargo toca en esta ocasión enfocar al territorio desde el punto de vista de que es el lugar geográfico en el que se establecerá la unidad franquiciada, siendo éste uno de los privilegios del franquiciatario, dependería del tipo de franquicia el territorio en que se ubicará.

Respecto al plazo o tiempo previamente determinado, se refiere al tiempo durante el cual el franquiciatario gozará de la licencia de uso y explotación de la franquicia, aunque no todos los contratos de franquicia prevén un periodo de vigencia en términos generales la duración de 10 años es el más usual, y este plazo no lo debemos a la casualidad, fue la Ley de Transferencia de Tecnología, quien se encargó de fijar como máximo dicho plazo para un contrato de transferencia de tecnología.

Lo importante es que el plazo fijado no sea menor al tiempo estimado en el cual el franquiciante pueda recuperar su inversión, siendo igualmente dicho plazo, atractivo y redituable ambas partes.

Ahora bien, debemos considerar la posibilidad de que exista incumplimiento de alguna de las partes, como lo analizaremos en el siguiente capítulo, afectando gravemente el éxito del negocio, y en general el prestigio de toda la cadena.

El plazo, cuando es menor, se podrá prolongar mediante estipulaciones que permitan su renovación, dependiendo, como es obvio, del buen ejercicio del contrato de franquicia.

Se puede dar el caso de que alguna de las partes, pretendiera dar por terminado el contrato previa su expiración, será entonces cuando la parte interesada en esta terminación, establecerá un convenio con su contraparte, y en su defecto se aplicará lo fijado en el art.1949 del C.C., que establece que se aplicará el pacto comisorio tácito, en donde el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños, y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

2.6. ELEMENTOS FORMALES

El contrato de franquicia, como contrato típico no del todo especificado regulado por la legislación mexicana, en un principio, no tiene una forma impuesta por la ley. Sin embargo, como principalmete el contenido esencial de la franquicia es la autorización o licencia del uso de uno o más elementos de propiedad intelectual,

seguido de otras características que brevemente se especifican en el art. 142 de la LPI, dicho acto jurídico si requiere, para su validez, el que se otorgue por escrito, y en casi todos los casos, que se inscriba en ciertos Registros.

Del elemento formal en un contrato, depende su validez, cuando dicho contrato tiene tal característica, pues para este tipo de contratos la ley determina que un contrato debe cumplir con la forma, y es la ley la que exige que la voluntad de las partes deberá de externarse en la forma que prevén los arts. 1794 y 1795 del C.C., y que a la letra dicen:

"Art.1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Art. 1795.- El contrato puede ser Invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Por que su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- IV. Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

De acuerdo con nuestra legislación, el contrato, cualquiera que fuera, se perfeccionaría con el simple consentimiento de las partes, con excepción de los

contratos que revisten cierta forma que establecen los arts. 1796 y 1832 del mismo ordenamiento.

La forma, como elemento de existencia, no se circunscribe solo al campo del derecho civil, pues en términos generales, la forma existe en todas las áreas del derecho. La manera de exteriorizar la voluntad en un contrato, comprende las formas más útiles para expresarlas, de modo que entendamos que un contrato formal es aquel en el que la voluntad exteriorizada bajo cierta formalidad, le da al perfeccionamiento, y que por regla general dicha forma es la escrita.

Ahora bien, el artículo 142 de la LPI, dentro de lo que es la descripción de la franquicia encontramos que ... "Para la inscripción de la franquicia serán aplicables las disposiciones de este capítulo.", con esto tendrán que cumplir con la formalidad de expresar dicha voluntad por medio de una escritura. En el mismo ordenamiento, específicamente, en el art. 136, se hace la aclaración de que "al titular de la marca registrada, podrá conceder mediante un convenio, licencia de uso a una o más personas, con, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca. La licencia deberá ser inscrita en la Secretaría, con la finalidad de que pueda surtir sus efectos en perjuicio de terceros."

En las cláusulas del contrato se definirá el paquete tecnológico, para que se considere la licencia de uso de patentes, según lo señala el art. 63 de la LPI, entregándose la información respectiva, esto es, al número de patentes concedida,

fecha y titular que comprueben la vigencia de los derechos. De no mostrar los requisitos anteriores esto se encuadrará en lo que es la asistencia técnica.

Entendiéndose, de tal forma, que es necesario inscribir los contratos de franquicias para que sus efectos lleguen a terceras personas, por tal razón, los franquiciantes anexan al contenido los elementos de propiedad industrial, y presentan ante la Dirección General de Desarrollo Tecnológico, sólo la cesión de derecho, teniendo dicha institución la atribución de presentarse como negociador en favor del licenciatario local.

Es un hecho que se ha reconocido que el registro del contrato de franquicia es un acontecimiento importante en el campo de la propiedad intelectual en México.

“Con el reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología, actualmente abrogado, se lograron dos objetivos muy importantes.: se definió por primera vez en México el término de franquicia, y se establecieron una serie de excepciones a lo previsto en la Ley de Tecnología igualmente abrogada en cuanto a la negativa de registro de un contrato.”

CAPITULO III
OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES
EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

3.1. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE.

Las obligaciones de las partes, tanto del franquiciante como las del franquiciatario se desprenden principalmente de los elementos de fondo que en el capítulo anterior fueron materia de estudio. El franquiciante como propietario del sistema, es la parte sobre quien recaen infinitas obligaciones, ya que infinitas son también las posibilidades de las cosas que se pueden franquiciar, tanto la comercialización o distribución de productos fabricados por el propio franquiciante, como una franquicia para ensamblar o fabricar productos que ostentan la marca o nombre comercial propiedad del franquiciante. Como en temas que anteceden hemos dejado claro la importancia de las obligaciones precontractuales, siendo una de ellas la elaboración del modelo de contrato que va a utilizar, lo anterior es de gran importancia ya que es él quien tiene todos los elementos necesarios para prepararlo y así establecer, de modo objetivo, los derechos y las obligaciones de las partes que integrarán dicho contrato. Además de que, debemos considerar, que la mayoría de las veces es el franquiciante quien creó el sistema, por lo tanto conoce de todos los detalles y razones que hacen de su negocio un éxito, y esto es lo que transmitirá a la firma del contrato con la intención de que se repita el éxito en los negocios que franquicie.

Las principales obligaciones del franquiciante, en un contrato de franquicia, además de las precontractuales, son:

- a. La concesión de la licencia de uso de marcas, obligación que distingue a la franquicia de un contrato de suministro, de distribución o de una transferencia de tecnología, aun cuando en el contrato de franquicia aparecen obligaciones propias de dichos contratos. Aquí el franquiciante impone al franquiciatario el uso de su nombre y marca comercial, de modo que el negocio parezca uno mismo.
- b. La autorización del uso de nombres comerciales, que por cierto, no es distintiva de todos los contratos de franquicia, se da en los casos de ciertos productos o servicios en los que el nombre comercial o aviso comercial es de mayor importancia respecto a las marcas autorizadas. Estas últimas, deberán especificar el nombre o aviso comercial, así como la forma en que deberá usarse y el lugar autorizado para su uso.
- c. Los conocimientos técnicos, el *Know-how*, y la asistencia técnica, son una de las obligaciones más importantes del franquiciante, ya que consideramos que éstas obligaciones junto con la obligación de la marca son el pilar de una franquicia ya que se refiere a los conocimientos técnicos que se transmiten, para una eficaz explotación del negocio. Debido a la importancia de esta obligación, consideramos necesario que

en el contrato se especifique ampliamente por medio de manuales o anexos del mismo. Los medios o procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología pueden ser muy variados y, esta obligación, puede cambiar durante la vigencia del contrato respecto a diversa tecnología que el franquiciatario requiere en etapas distintas del desarrollo del negocio.

Esta obligación, implica el proporcionar todo tipo de información respecto al lugar geográfico conveniente para la instalación del establecimiento o lugares concretos donde se va a explotar la franquicia, generalmente este tipo de información incluye la aprobación de los diseños, decoración, equipo, instalaciones, estándares, distribución de planta, especificaciones, normas, mobiliario, signos distintivos, publicidad externa, etc.

Además, implica la obligación de prestar asistencia técnica así como toda clase de asesoría útil y necesaria al franquiciatario para la aplicación de la tecnología, durante la vigencia del contrato, se hará mediante una solicitud del franquiciatario al franquiciante, o de otra forma, se le prestará dicha asistencia cuando el franquiciante lo considere necesario, va acompañada a dicha asistencia el soporte material, la documentación, los video-cassettes, etc., el manual operativo, permanente actualizado, completándose con cursos de formación de personal, ya que éste es

considerado por muchos franquiciados como el elemento más importante de las obligaciones del franquiciante.

La obligación del *know-how*, es, además, el envío de manuales, guías, procedimientos de operación de la negociación; e información completa que permita la óptima explotación del negocio, el envío de los técnicos, supervisores y personal calificado y con experiencia que conozca la explotación del negocio para efecto de capacitar al personal que el franquiciatario requerirá para la operación de la negociación.

Y por último, la determinación de estándares de calidad, es parte de las obligaciones de la asistencia técnica, consistiendo en buscar en todo momento una uniformidad del producto o servicio que el concesionario presta amparado por las marcas y nombres comerciales cuyo uso se autoriza en el contrato. A nuestro juicio los estándares de calidad serán otro punto importante, ya que la calidad es lo principal para el consumidor que conoce el producto o servicio que lo identifica a través de la marca, y esto lo lleva a preferirlo por sobre cualquier otro que exista en el mercado.

- d. La concesión para la explotación de las patentes, siempre y cuando el tipo de producto o servicio, o ambos, que son materia de la franquicia, lo requieran para explotar el uso de una o varias patentes, debiendo

incluir ésta como obligación del franquiciante ya que la autorización de la explotación de dichas patentes, siendo necesario la especificación de las patentes registradas del contrato, los productos o procedimientos que amparan y provean la tecnología y transmisión de conocimientos al franquiciatario para una eficaz explotación de las mismas.

- e. La obligación de suministrar el producto en el volumen, en cantidad, en plazos y en los establecimientos pactados, lo anterior en el caso de que el negocio sea de naturaleza comercial, y que el franquiciatario requiera del producto que fabrica o suministra el franquiciante, para el funcionamiento y la explotación del negocio, entregando periódicamente el producto. En los casos de que el franquiciante es distribuidor, éste puede otorgar en comodato es uso de equipo o instalaciones para la explotación de la negociación; pactando ambas partes los gastos de mantenimiento o reparación.

- f. El otorgar la exclusividad del producto o servicio del que es objeto la franquicia, y que consiste en que "... como miembro de un sistema uniforme, el franquiciatario cuenta con el derecho exclusivo para expender los productos o a prestar los servicios que ofrece la franquicia, sin que ninguna otra persona que no sea "miembro" de dicho sistema

pueda hacerlo. Es decir, no tiene competencia salvo por lo que se refiere a competidores externos que contarán con sus propios productos."⁴⁸

- g. La obligación de la publicidad, pues para el funcionamiento de un negocio, la publicidad es necesaria para la venta o conocimiento del producto o servicio que es materia de la franquicia, siendo ésta un derecho del franquiciatario, la publicidad consiste en llevar a cabo todos aquellos actos que promocionen el producto o servicio ofrecido con fines de lucro; sin embargo, los gastos de la publicidad son compartidos entre ambas partes.

- h. El *trade dress*, podemos interpretarlo también como un derecho del franquiciante y más una obligación para el franquiciatario, ya que este término se refiere a la imagen del local, esto es, la decoración, construcción, el piso, las ventanas, e incluso el personal, de todas las franquicias que pertenezcan a la adquirida van a ser iguales. La obligación del franquiciante será el proporcionar al franquiciatario todos los elementos necesarios para que este pueda cumplir con el aspecto integral del establecimiento donde se ubica la franquicia.

⁴⁸ R. R. Arbido Talamantes: *Op. Cit.*, p.25.

- i. La contabilidad será obligación en ciertos contratos cuando el desarrollo del contrato o del negocio lo requiera, así como la información financiera y de producción del negocio que es otro aspecto importante en donde el franquiciante ejerce sus derechos imponiendo su sistema contable y financiero.

- j. El apoyo de inversión, en algunos contratos se podrá establecer la obligación de dar apoyo en todas las áreas de operación y administración a sus franquiciarios, con el riesgo de inversión compartido, es decir, el franquiciante puede adquirir el inmueble y el franquiciario adquiere el mobiliario y equipo.

- k. La inspección y supervisión, son otra obligación y derecho del franquiciante, ya que durante la vigencia del contrato de franquicia, "el derecho de supervisar la actividad del franquiciario es muy importante. Sin embargo, este derecho tiene sus límites ya que los términos y condiciones para su ejercicio deben establecerse con claridad en el contrato y, de esta forma evitar conflictos y abusos por las partes";⁴⁹ podemos afirmar que dicha inspección y supervisión es muy amplia, pues incluye la inspección y supervisión en cualquier momento, el establecimiento del franquiciario y la prestación del servicio o la venta

⁴⁹ J. Arce Gargollo: *Op. Cit.*, p.46.

de los productos; pedir muestras o tomarlas para hacer un análisis correspondientes con el fin de verificar la calidad del producto y su "uniformidad"; solicitar información adicional para conocer algún aspecto en detalle, sobre la operación del negocio; conocer la comercialización, publicidad, sistemas de ventas, etc. del franquiciatario; analizar la información financiera, contable, administrativa, laboral, y fiscal del franquiciatario; y, en general conocer todos los elementos y procedimientos de explotación de la franquicia. Lo anterior se efectuará con normalidad, pretendiendo un eficaz funcionamiento, sin entorpecer el funcionamiento de la negociación, y sobre todo la colaboración de ambas partes marca la "pauta" para dicha finalidad; y,

- i. El plazo, mismo que previamente será establecido y que ambas partes tendrán que cumplir, siendo el franquiciante quien a través de diversos estudios, incluirá el tiempo suficiente para recuperar la inversión así como el tiempo para que el franquiciatario también reciba utilidades.

"Las reglas a las que ambas partes se someten que son muy diferentes a las previstas en otros tipos de contratos y que, antes de la firma debe existir una serie de supuestos y condiciones que, en caso de ser ignorados pueden poner en riesgo el éxito del negocio franquiciado y de la propia franquicia."⁶⁰

⁶⁰ E. Y R. González Calvillo; Op., Cit., p.72.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Siendo el contrato de franquicia maestro, el más negociado en nuestro país, al franquiciante le corresponden la mayoría de las obligaciones, por otro lado debemos considerar que la mayoría de las veces este contrato maestro es celebrado cuando el franquiciante ingresa a un nuevo estado, en donde no conoce la legislación, las restricciones ni las políticas de inversión, por tal razón desconoce el mercado, sus condiciones y sus necesidades.

3.2. LAS OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO.

Las obligaciones del franquiciatario se refieren principalmente al cumplimiento de cada uno de los términos y condiciones que se establecen en el contrato de franquicia, a modo de obtener buenos resultados tanto comerciales como contractuales.

La elaboración, comercialización, distribución, la venta, y la prestación de servicios que ostenta la franquicia son algunas de las obligaciones que el franquiciatario debe cumplir con estricto apego a los manuales de información y conocimientos y sobre todo el *know-how*, asistencia técnica y tecnología, sin embargo, la primer obligación del franquiciatario es precontractual, esta misma se dará durante la vigencia del contrato y aún después de su terminación, obviamente nos referimos a:

a. Guardar el secreto, durante el análisis de los elementos precontractuales, nos podemos dar cuenta de la importancia que tiene ésta obligación, ya que el franquiciatario está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología o la operación misma de la negociación, así como la misma franquicia. Lo anterior implica el no comunicar o usar en su beneficio o en de terceros, la tecnología, el *know-how*, o cualquier clase de información que fue recibida del franquiciante.

Las siguientes obligaciones, consideramos necesario especificar, se darán durante la vigencia del contrato:

b. El *franchise fee* o el pago de la cuota inicial, que se refiere a la contraprestación fijada en forma y en los términos pactados entre las partes.

c. El uso de las marcas, ya que para el franquiciatario no solo es una obligación usar las marcas de los productos o servicios que le autoriza el franquiciante, si no que es uno de sus derechos, sin embargo la falta de uso de las mismas como un "usuario autorizado" en determinado país o territorio, puede originar que la marca concesionada caduque, debido a la falta de uso, según lo dispuesto por los artículos 141 y 152 fracción IV de la LPI.

d. El uso de los nombres comerciales y la explotación de las patentes, ya que le corresponde al franquiciatario el uso y la explotación del nombre comercial,

de lo contrario el derecho sobre el mismo se pierde de no ser usado en un establecimiento, según lo establecido en el artículo 80 de la LPI. Además le corresponde al franquiciatario el explotar cualquier derecho derivado de la propiedad intelectual e industrial que se haya incluido como parte del contrato de franquicia, esto incluye las licencias de uso de software así como los derechos de autor que sean aplicables.

e. El seguir todas las especificaciones sobre la organización de la franquicia, lo cual incluye:

i. Seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación del personal, actualizándolo, debiendo reunir el personal, con determinadas características según las indicaciones que el franquiciante ha indicado al respecto.

ii. Preparar y seguir los sistemas de contabilidad y reportes financieros en la forma que el franquiciante señale. Así como deberá permitir que el franquiciante tenga acceso a toda información financiera y contable, y permitirle llevar al cabo inspecciones de rutina. En esta misma, va implícita la obligación de seguir los mismos sistemas que para la contabilidad el franquiciante ha fijado, así como los sistemas financieros, preparando periódicamente los reportes de la administración del negocio.

iii. El aceptar del franquiciante o de determinadas empresas, la materia prima, equipo, partes, productos, y servicios. Lo anterior, con el objetivo de lograr una estandarización en los productos y con ello, un estricto control de calidad, que beneficiará a la franquicia.

iv. La venta de los productos o servicios al precio, y bajo las condiciones que le señala el franquiciante.

v. Situar el establecimiento con la aprobación del franquiciante, ya que el franquiciatario seleccionará el lugar, sin embargo será el franquiciante quien dará la aprobación y las especificaciones para el lugar. Teniendo el franquiciatario la obligación de mantener el establecimiento en la forma y términos que se establecieron incluso, lo referente a la higiene.

f. Cumplir con lo señalado en las especificaciones de los manuales respecto a la producción o prestación del servicio de que se trate, siguiendo la forma manteniendo un mínimo de horas para el personal.

g. Adquirir el equipo, la maquinaria, y las instalaciones que el franquiciante otorga, con la obligación también, de reacondicionar y renovar el local manteniéndolo en buenas condiciones.

h. El no vender o explotar otro producto o servicio, que no sea el pactado en el contrato, ya que el franquiciatario es un usuario exclusivo de la tecnología que será usada únicamente para la explotación de la franquicia.

i. Deberá cumplir con los requerimientos para el uso y la aplicación de los conocimientos técnicos, esto es, el uso de la tecnología y la aplicación de la misma, de acuerdo con las reglas, normas y estándares que el franquiciante fije.

j. La confidencialidad, como ya lo sabemos, es de las obligaciones más arraigadas a la figura de la franquicia, puesto que el franquiciante tiene en todo momento, la obligación de cumplir con las disposiciones de información guardando los secretos industriales a los que tiene acceso.

k. La no competencia con el franquiciante, ya que el franquiciatario se obliga a no competir con la franquicia durante la vigencia del contrato, podemos afirmar que esta obligación tiene sus orígenes son de naturaleza psicológica, y no por eso no será elemento clave a la firma del contrato.

l. Cumplir con el *trade dress*, ya que como ya sabemos es importante mantener la uniformidad en la franquicia para que el público la ubique donde quiera que vaya, y como éste se refiere a la decoración interna y externa del establecimiento, es necesario ubicarse en esta obligación.

m. Cooperar en la publicidad y promociones comerciales que el franquiciante organiza, pues beneficia al producto o servicio que se presta, en la mayoría de los casos, el franquiciante organiza un fondo con las aportaciones tanto del franquiciante como de los franquiciatarios, disponiendo de ésta para la mayor parte de los gastos de la publicidad.

n. No sublicenciar, no traspasar, y no ceder los derechos que ha adquirido en el contrato de franquicia, debido a que el contrato de franquicia es intuitae persona, la cesión únicamente podrá verificarse con la aprobación del franquiciante, en tal caso el franquiciatario tendrá la obligación de pagar un "*transfer fee*", que son el pago de los derechos correspondientes para la cesión de los derechos que obtuvo de la franquicia, y corresponden al pago del 25% del "*franchise fee*", ya que el traspaso o cesión, implica que el franquiciante capacite nuevamente al nuevo franquiciatario.

ñ. Deberá aceptar las inspecciones colaborando con el franquiciante, en sus visitas, supervisiones, auditorías, etc. al establecimiento, para comprobar que se está cumpliendo con las obligaciones del contrato.

o. Informar periódicamente al franquiciante de los ingresos o faltantes del negocio, ya que dicha información tendrá como objeto determinar las regalías periódicas sobre los resultados obtenidos, además de verificar el cumplimiento de las normas establecidas, así como la uniformidad, otro objeto es verificar si

el franquiciante esté prestando la asistencia necesaria para la aplicación de la tecnología.

p. Y la obligación de inscribir el contrato, cuando el contrato sea objeto de inscripción, con ello la obligación de hacer todos los trámites necesarios a fin de que el contrato se registre donde le corresponda.

3.3. OBLIGACIÓN DE LAS PARTES EN LA TERMINACIÓN DE LA FRANQUICIA.

La terminación del contrato de franquicia se presenta una vez que el mismo ha sido válidamente celebrado y ha empezado a producir sus efectos pero dichos efectos comienzan a extinguirse por las causas que a continuación se exponen:⁵¹

- a) Por el simple transcurso del término del mismo sin que éste sea prorrogado;
- b) Por acuerdo entre las partes;
- c) La incapacidad sobreviniente de una de las partes en virtud de que el contrato se celebra *intuitae personae*⁵², esta se presentará en el caso de que una de las partes sea una persona física, puesto que en el caso de que sea

⁵¹ R. Sánchez Medal: Op. Cit., p. 118.

⁵² Ibid., p. 119.

persona moral la incapacidad podrá deberse a una declaración de suspensión de pagos, en quiebra o ha entrado en liquidación.

d) Por la rescisión del contrato en virtud del incumplimiento de las obligaciones estipuladas a cargo de cada una de las partes dentro del mismo; y/o por la imposibilidad sobreviniente de dar cumplimiento a dichas obligaciones, ya sea parcial o total;⁵³

e) El preaviso que haga una de las partes a la otra dentro del término y dando cumplimiento a las condiciones que para darlo se establecen en el propio contrato de franquicia;⁵⁴ y,

f) Por la muerte del franquiciatario, en caso de que sea una persona física o, la disolución de cualquiera de las partes. Por lo que se refiere a la disolución, en la mayoría de los casos se presentará en el franquiciatario más no así en el franquiciante.

Las obligaciones de las partes, una vez terminado el contrato de franquicia, se derivan de cualquiera de las causas antes mencionadas.

⁵³ Ibid., p. 121-126.

⁵⁴ J. Arce Gergollo : Op. Cit. , p. 53.

A la terminación del contrato, la mayoría de las obligaciones recaen sobre el franquiciatario, ya que éste ha dejado de formar parte del sistema, por tal razón tiene a su cargo una multiplicidad de obligaciones, entre las que se encuentran:

1. Descontinuar el uso de la franquicia, y esto implica el dejar de usar la marca, nombres, avisos comerciales, y la explotación de patentes, así como de toda la tecnología proporcionada por el franquiciante. Dejando de operar el negocio bajo el nombre del concedente, evitando cualquier forma o manera que cause confusión en el público y los consumidores, que creen que existe alguna relación con la franquicia.
2. Omitir anunciarse como miembro de la franquicia, devolviendo al franquiciante la papelería, los artículos, y el material publicitario, así como las marcas, y los nombres comerciales que hacen referencia a la franquicia que se contrató.
3. Devolver al franquiciante los manuales de operación, e instructivos, y dejar de usar el material didáctico que se relaciona con la operación y organización del negocio que se le haya proporcionado a la firma del contrato.
4. Desmontar el "trade dress", todo lo que constituya la apariencia interna y externa del establecimiento.

5. Y sobre toda obligación como ya sabemos, está la de guardar el secreto industrial al que se haya tenido acceso antes y durante la vigencia del contrato, absteniéndose de usarla para competir con la franquicia.

Por lo que se refiere a las obligaciones del franquiciante, podemos decir que más que obligaciones es el es quién goza de derechos en la terminación del contrato de franquicia, puesto que tiene la preferencia para adquirir el mobiliario y equipo de la franquicia que ha llegado a su fin, con el objeto de que subsista la franquicia, aún y cuando hayan llegado a la terminación los contratos respectivos con sus franquiciatarios.

3.4. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Cualquiera de las partes que incurra en un incumplimiento de sus obligaciones, se verá en el caso de que la otra parte tendrá el derecho a ejercer acción en su contra, de acuerdo al incumplimiento de que se trate.

Quien haya cumplido, tendrá el derecho al pago de los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado, entonces quien incumplió deberá cumplir cubriendo dichos gastos. "Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación."⁵⁵ Y por perjuicio

⁵⁵ Art. 2108 del C. Civil, Op. Cit.,

entendamos como cualquier ganancia lícita que se hubiere dejado de percibir, el perjuicio puede ser consecuencia del daño, esto es, si existe un perjuicio hay un daño, pero no siempre que haya un daño causará un perjuicio.

Sin embargo, para que se pueda exigir el pago de los daños y perjuicios, éstos deberán ser consecuencia inmediata y directa de un incumplimiento de una de las partes.

Las obligaciones de las partes deberán ser cumplidas tanto en los términos que se pactaron, como en los términos que fija la ley. Lo anterior, puesto que es importante destacar que cada una de las partes se obliga en cualquier término que haya querido obligarse, y de esto no dependerá la validez del contrato.

Se dará el caso de que la parte afectada pueda exigir el cumplimiento forzoso de la obligación incumplida, sin embargo, se podrá dar el caso de que no será posible exigir dicho cumplimiento, esto mismo provoca que en muchas ocasiones se establezcan penas convencionales para quien incumple.

No obstante lo anterior," sólo podrá exigirse el cumplimiento forzoso o el pago de la pena convencional, pero en ningún caso se podrán exigir ambos, ya que una

acción extingue a la otra."⁶⁶ De acuerdo a lo anterior, si se eligiere el pago de la pena convencional, también se podrá solicitar la rescisión del contrato.

"La rescisión es la resolución de un contrato bilateral plenamente válido a causa del incumplimiento culpable de una de las partes."⁶⁷ Entendamos entonces que cualquier incumplimiento de las estipulaciones de un contrato, son causa para solicitar la rescisión del mismo.

Dependerá de como establezcan en el contrato de franquicia a la rescisión, ya que ésta podrá llevarse a cabo, por la declaración que hace una de las partes en contra de la parte que ha incumplido. Sin embargo, la parte culpable del incumplimiento podrá impugnar dicha declaración y entonces la resolución final la tendrá que emitir la autoridad judicial correspondiente.

La rescisión implica una destrucción de la relación jurídica entre el franquiciante y el franquiciatario, siendo esta destrucción el principal efecto. Existen efectos que no son restituibles, hablamos de que el franquiciante no devolverá al franquiciatario los pagos que por concepto de regalías haya efectuado ya que constituiría devolver el aprovechamiento del *know-how* y de la marca o nombre comercial.

⁶⁶ Ibid., art. 88, p. 15.

⁶⁷ Manuel Bejerano Sánchez: Obligaciones Civiles; p. 392.

Los efectos extintivos de un contrato de franquicia solo serán para un futuro, posteriores a la terminación del mismo.

3.5. PRINCIPALES OBLIGACIONES FISCALES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

La legislación fiscal, describe como regalías a: "Los pagos por servicios profesionales o técnicos que guardan relación con los conceptos a que se refiere la fracción I de este artículo se considerarán como regalías.⁵⁸

La fracción I del artículo 156 de la Ley del Impuesto sobre la Renta a que se refiere el párrafo anterior establece a la letra:

El impuesto se calculará aplicando al ingreso que obtenga el contribuyente, sin deducción alguna, la tasa que en cada caso se menciona:

I. Regalías por el uso o goce temporal de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas y grabaciones para radio y televisión, así como de dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos y equipos industriales, comerciales o científicas y las cantidades pagadas por informaciones relativas a experiencias industriales,

⁵⁸ Art. 156 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta

comerciales o científicas y en general por asistencia técnica o transferencia de tecnología 15%.⁵⁹

El pago del impuesto sobre la renta en el caso de pagos de regalías por el uso de marcas o nombres comerciales, así como de la publicidad que se lleva a cabo a través de la retención correspondiente, encuentra su fundamento legal en la fracción II del artículo 156 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que al efecto establece:

II. Regalías por el uso o goce temporal de patentes o certificados de invención o de mejora, marcas de fabrican y nombres comerciales, así como por el concepto de publicidad 35%.

En el caso de pagos por concepto de regalías, los franquiciatarios están obligados, en los términos de la legislación fiscal, a retener las cantidades que por tal efecto se deban enterar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Una copia del comprobante del entero de dicho impuesto deberá entregarse al franquiciante para que los incluya en su contabilidad y sean parte del cumplimiento a sus obligaciones fiscales.

⁵⁹ Ídem.

Si es el caso de que el franquiciante se encuentra en México, los pagos de regalías que haya recibido, deberá acumularlos al resto de sus ingresos y sobre ellos deberá hacer sus declaraciones correspondientes.

Por lo que respecta a la Ley del Impuesto Sobre la Renta, ésta señala que en un contrato de franquicia, los pagos de regalías por concepto de asistencia técnica y/o transferencia de tecnología, estarán gravados por el 35%, por el uso de marca o nombre comercial, a la tasa del 15%. Mientras que en las franquicias nacionales, ambas partes pagarán sus impuestos a través de la acumulación de sus ingresos, los pagos al extranjero si se harán por separado y, en algunos casos se observarán las disposiciones incluidas en los Tratados para evitar la doble Tributación que han celebrado diversos países con el nuestro, en donde el pago de impuestos por concepto de regalías generalmente no excederá del 10%.⁶⁰

⁶⁰ Cfr. TRATADOS INTERNACIONALES PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN 1994. ,

CAPITULO IV
LA LEGISLACIÓN MEXICANA APLICABLE A LA
FIGURA DE LA FRANQUICIA

4.1. EL MARCO LEGAL DE LA FRANQUICIA.

Podemos hablar de la franquicia como una figura típica, aún y cuando muchos autores consideran a la franquicia como un contrato atípico, sin embargo, en nuestra opinión al existir un artículo expreso en nuestra legislación, ya existe un tipo. Consideramos a dicha figura, como un sistema comercial innovador que representa, en nuestro país, una relación jurídica compleja entre dos o más personas, esto último no significa que las partes que conforman a la franquicia carezcan de fundamento legal, ya que se sujetarán a los términos y condiciones que están establecidas en el contrato al que se obligan.

Este sistema es novedoso en México, y nuestra legislación menciona brevemente a la franquicia, mientras que adicionalmente nos apoyamos de disposiciones internacionales de carácter obligatorio como lo son los tratados y convenios internacionales, que a pesar de que no regulan expresamente al contrato de franquicia si se refieren a ciertos elementos del mismo como son los tratados sobre propiedad industrial, intelectual, marcas, patentes, etcétera, que constituyen un objeto de regulación y protección del derecho internacional; en Estados Unidos de América, que es su país de origen, en donde la franquicia está regulada a nivel federal y local.

Nuestra Legislación mexicana regula a la franquicia en leyes, y reglamentos, pero sobre todo esta figura se sujetará a las disposiciones de carácter general que le impongan obligaciones y otorguen derechos directa o indirectamente, disposiciones que serán obligatorias tanto para su cumplimiento como para el funcionamiento de la actividad que se lleve a cabo en la franquicia.

Sin embargo, en México, "no es posible entender totalmente a la franquicia si se ignora su dimensión legal";⁶¹ por tal razón expondremos el marco jurídico de la franquicia, que aún y cuando es breve, está constituido por:

a. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a través de sus artículos 25 que señala la rectoría del estado en materia económica a través de la participación de todos los sectores que integren la nación. Además de que alienta y protege la actividad económica de los particulares proveyendo de las condiciones necesarias para un mejor desenvolvimiento del sector privado, contribuyendo con esto al desarrollo económico nacional. Y 28 que nos permite una libre concurrencia en los bienes y servicios tanto de mercados nacionales como internacionales prohibiendo así la creación de monopolios, estancos y prácticas monopólicas que restrinjan actividades económicas en favor o beneficio de un solo grupo. Así como, éste artículo nos garantiza que será la Ley la encargada de fijar las bases para que se señalen precios máximos

⁶¹ Enrique y Rodrigo, González Calvillo: *Op. Cit.*, p.71.

a los artículos, materias o productos que son considerados como necesarios en la economía nacional.

b. La Ley de la Propiedad Industrial y su reglamento en los términos que ya expusimos en el presente trabajo y como lo señalaremos en adelante;

c. La Ley Federal de Competencia Económica;

d. La Ley de Inversión Extranjera y el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Nacional y Regular la Inversión Extranjera;

e. El Código de Comercio y la Ley General de Sociedades Mercantiles;

f. La Ley Federal de Protección al Consumidor;

g. La Ley del Impuesto Sobre la Renta en los términos que señalamos en el capítulo tercero referente a las principales obligaciones fiscales de las partes en el contrato de franquicia, en donde encontramos el gravamen de ésta figura, es decir, al ingreso derivado de la franquicia por conceptos de pagos de regalías y por el uso y explotación de marcas principal y respectivamente.

h. El Código Civil por ser la legislación en materia común supletoria de la LISR, ya sea directa o indirectamente, y sobre todo por la forme del contrato de

franquicia tiene injerencia en ésta Ley, tal y como lo que hemos desarrollado durante el capítulo segundo y tercero de este mismo trabajo; además de,

i. Los tratados y acuerdos internacionales que regulen elementos del contrato de franquicia, que como mencionamos hace algunos párrafos, contemplamos los que se refieren a la propiedad industrial e intelectual y la regulación para evitar la doble tributación.

4.1.1. ANTECEDENTES LEGALES DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO.

En el capítulo primero de este trabajo, mencionamos brevemente el impacto que la franquicia provocó en nuestro país, llegando como un sistema comercial en el que una persona concedía a otra el uso de una marca o nombre comercial asistido por tecnología y conocimientos para que ésta estableciera su propio negocio a cambio del pago de ciertas regalías.

Precisamente, cuando la franquicia llega a México, no existía una ley que previera su regulación y mucho menos su existencia, esta situación provocó que en lugar de firmarse un solo contrato de franquicia en el que se unieran todos los elementos que conforman a esta figura, las partes celebraban un contrato de licencia de uso de marca o nombre comercial; y un contrato de asistencia técnica y/o de transferencia de tecnología.

Lo anterior, hasta antes de que se publicara el Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología, actualmete abrogado ya que los dos contratos citados, que celebraban las partes, debían ser inscritos en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, con la finalidad de que pudieran tener efectos en contra de terceros. Aún así, los procesos anteriores, quedaron abrogados por la Ley de la Propiedad Industrial vigente.

Fue hasta enero de 1990 cuando la legislación menciona, por primera vez, a la franquicia. Esta mención se hizo en el Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de la Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, el cual definió a la franquicia como "el acuerdo en el que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmite conocimientos técnicos o proporciona asistencia técnica, con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor."⁶²

Posteriormente fue la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991, abrogando ésta misma con su publicación a la Ley de Invenciones y Marcas y a la Ley sobre el

⁶² Ibid.

Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su reglamento, actualmete abrogadas.

El objetivo de la LPI, era juntar en esta misma todas las disposiciones contenidas en ambas leyes abrogadas, además de actualizar así las disposiciones actualizando los trámites correspondientes ante las dependencias involucradas.

Es en esta misma ley donde se le dedica a la franquicia un artículo que la regula, sin embargo, el reglamento de ésta ley nunca se publicó. Dicho artículo es el 142 que a la letra establecía:

“Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le conceda pueda producir o vender bienes y 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 a los que ésta se designe.

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

Para la inscripción de la franquicia serán aplicables las disposiciones de este capítulo.⁶³

Fue en el Diario Oficial de la Federación publicado el 2 de agosto de 1994, en donde se decretó que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial. Entre las diversas reformas adoptadas se resolvió modificar el nombre de la ley para que quedara simplemente como Ley de la Propiedad Industrial. A través de ella se creó el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial el cual se encargaría de todo aquello relacionado con los derechos derivados de la propiedad y uso de marcas, patentes, nombres comerciales, etcétera.

Sin embargo, el artículo 142 de la ley antes mencionada, no fue modificado ni adicionada, quedando igual para sorpresa de quienes dudaban de estas modificaciones, creyendo aún que nuestra legislación en materia de franquicias seguía siendo muy pobre, esta situación nos da a conocer que la Ley de la Propiedad Industrial continúa siendo la única ley que menciona y regula a la franquicia como tal.

En ese mismo año, específicamente el 23 de noviembre, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, en el que se hace mención únicamente de la franquicia en el artículo 65, con la firme intención

⁶³ Art. 142 de la LFPPI., p.

de regular el contenido de la información que debe proporcionar el franquiciante al franquiciatario antes de la celebración del contrato de franquicia correspondiente. Dicha información se refiere precisamente a la circular de oferta la cual ya hemos mencionado en el capítulo segundo de este trabajo.

Sin embargo, es insuficiente de acuerdo al fenómeno que en la actualidad representa la franquicia lo que nuestra legislación contempla al respecto, por tal razón consideramos que queda mucho que hacer, incluir y regular, para concluir que dicha figura se considere como específica.

4.1.2. LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Siendo esta ley el único ordenamiento que regula la franquicia como tal y de forma directa, consideramos necesario mencionar el objeto de dicha ley:

"I. Establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfeccionamiento de sus procesos y productos;

II. Promover y fomentar la actividad inventiva de aplicación industrial, las mejoras técnicas y la difusión de conocimientos tecnológicos dentro de los sectores productivos;

III. Propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores;

IV. Favorecer la creatividad para el diseño y la presentación de productos nuevos y útiles;

V. Proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales, declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales, y

VI. Prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos."⁶⁴

Hecho muy importante, es que definen conceptos de elementos que conforman a la franquicia, como son las marcas, los nombres comerciales, las patentes, los modelos de utilidad, los secretos industriales, la asistencia técnica y, por supuesto, el contrato de franquicia.

⁶⁴ Art. 1 de la Ley de Propiedad Industrial.

El reglamento de dicha ley, establece los procedimientos para registrar los derechos derivados de los conceptos antes mencionados, la forma en que se protegen y el método para que su uso o explotación pueda ser otorgado a uno o varios terceros, en diversas formas y sujeto a diversos derechos y obligaciones. También provee disposiciones para el caso de violación de los derechos derivados de dichos conceptos y las sanciones tanto económicas, administrativas e incluso penales a que se harán acreedores las personas que infrinjan las disposiciones contenidas en dichos ordenamientos.

Cabe señalar que también establece disposiciones relacionadas con el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios competente para todo lo relacionado con la Propiedad Industrial. Dicho organismo cuenta con su propio reglamento interno el cual establece, principalmente, su estructura orgánica, su competencia, su funcionamiento y su integración para la resolución de los asuntos de su competencia.⁶⁵

Tanto la LPI como su reglamento apenas y regulan a la franquicia por lo que las partes se encuentran en entera libertad por lo que se refiere a diversas obligaciones derivadas del contrato de franquicia. Podríamos pensar que lo anterior beneficia a las partes en muchos sentidos, sin embargo, esto crea una infinidad de problemas

⁶⁵ Reglamento Interior del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial publicado en el Diario oficial de la Federación el 23 de noviembre de 1994, Primera Sección, p.48.

cuando las relaciones entre las partes no funcionan pues no existen disposiciones que la regulen directamente y podría presentarse una iniquidad.

Aún y cuando la situación de la franquicia en México, ya no es la misma que hace apenas unos años, lo recomendable en el momento de celebrar contrato de franquicia, es celebrar un contrato de licencia de uso respecto de las marcas o nombres comerciales que corresponden al sistema en que se está ingresando.

Lo anterior debido a que es una obligación, en el contrato de franquicia, el registrar ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, tanto el contrato de franquicia como las licencias de uso de marca.

Con dicha disposición, se busca que la licencia de uso de las marcas se registre a través de la inscripción del control de licencia de marca a que hemos hecho referencia y, por lo que respecta a la franquicia, se registra únicamente la primer página del contrato.

Lo anterior debido a que los contratos de franquicia contienen un sinnúmero de obligaciones de carácter confidencial e, incluso, pueden contener y/o hacer referencia a los secretos industriales y con esto obviamente se pondrían al alcance de cualquier persona siendo que en donde se registran se considera que es un registro cuasi público.

4.1.3. LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN RELACIÓN CON LA FRANQUICIA.

Según hemos señalado, tanto en el primer capítulo como en párrafos anteriores, en México un gran número de franquicias son de origen extranjero, así como es bastante común que las sociedades franquiciantes, incluso los franquiciatarios cuenten con inversión extranjera dentro de su capital, hechos que obligan a sujetarse a lo dispuesto por una ley especial de la materia, así como su reglamento.

Toda inversión extranjera que ingrese a nuestro país, sea cual fuere su destino y origen, debe de registrarse ante el Registro Nacional de Inversión Extranjera previsto en la Ley de Inversiones Extranjeras, y es la Dirección General de Inversión Extranjera de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Por tal es en la franquicia donde la Inversión Extranjera se encuentra regulada por la ley de Inversión Extranjera y por el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera en lo que no se oponga a la primera y mientras no se explida el reglamento de la misma.

La Comisión Nacional de Inversión Extranjera se encuentra prevista en la Ley de Inversión Extranjera. Está integrada por los Secretarios de Gobernación, Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Desarrollo Social, de Energía⁶⁶, de

⁶⁶ Artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal según reformas publicadas a través del Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, Primera

Comunicaciones y Transportes, de Trabajo y Previsión Social y de Comercio y Fomento Industrial.⁶⁷

Entre las atribuciones de dicha comisión se encuentra:

- I. Dictar los lineamientos de política en materia de inversión extranjera...
- II. Resolver, sobre la procedencia los términos y condiciones de la inversión extranjera en actividades con regulación específica...
- III. Ser órgano de consulta obligatoria en materia de Inversión Extranjera...
- IV. Establecer los criterios para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversión extranjera; y,
- V. Las demás que le correspondan conforme al presente ordenamiento.⁶⁸

Toda franquicia que cuente con capital extranjero, se deberá ser inscrita en el registro y, deberá ser sometida a las disposiciones aplicables, cumpliendo con las obligaciones que dichas disposiciones imponen a los inversionistas extranjeros.

Este Registro cuenta con tres secciones, la primer sección corresponde a personas físicas o morales con la característica de inversionistas extranjeros, la segunda sección corresponde a las sociedades mexicanas que cuentan con cláusula

sección, el día 28 de Diciembre de 1994, p.2.

⁶⁷ Ley de Inversión Extranjera, p.92 y 95.

⁶⁸ Ídem, artículo 26, p.26.

de admisión de extranjeros en sus estatutos sociales y que parte, o incluso la totalidad de su capital ha sido aportado por extranjeros y, la tercer sección se refiere a los fideicomisos de acciones o partes sociales de bienes inmuebles y de inversión neutra por virtud de los cuales se deriven derechos en favor de la inversión extranjera.⁶⁹

Dependiendo de la forma en que se realice la inversión extranjera dentro de la franquicia, será la forma en que deberá inscribirse en el citado registro y las obligaciones que, en todo caso, deberá de cumplir así como la periodicidad de las mismas.

Gracias a la apertura comercial que se está viviendo en México como consecuencia tanto de nuestro ingreso a la Organización Mundial de Comercio ("OMC"), antes denominada como Acuerdo General Sobre Aranceles y Comercio (GATT), así como la suscripción del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA), y la firma del G-3, entre otros, toda actividad que requiera previamente una aprobación de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera, se han reducido considerablemente, por lo que si las actividades a que se dedican la mayoría de las franquicias que tienen inversión extranjera en su capital, no se encuentran expresamente incluidas en el catálogo contenido en diversos artículos de la ley, tanto los inversionistas extranjeros que deseen celebrar contratos de franquicia en México

⁶⁹ Artículo 32 de la Ley de Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993, Segunda Sección, p. 98.

aportando parte del capital, podrán hacerlo prácticamente sin limitación alguna. Sólo tendrán como "obligación la inscripción del monto y la forma de la inversión en la sección que corresponda en el Registro dentro de los cuarenta días siguientes a que la misma ingrese a nuestro país."⁷⁰

Los inversionistas extranjeros, tendrán la obligación de proporcionar al Registro toda la información respecto de su inversión que se haya modificado y que haya sido fundamental para otorgar la inscripción correspondiente. Dicha obligación debe cumplirse dentro de los cuarenta días siguientes a que tenga verificativo el ingreso de dicha inversión.⁷¹

El Registro Nacional de Inversión Extranjera tiene como objeto llevar un control acerca de la inversión extranjera que ingresa a México, en los términos y condiciones sobre los cuales dicha inversión se hace así como a la actividad de la economía a que se dirige.

De acuerdo con lo anterior, el Registro Nacional de Inversión Extranjera llevará un control de toda la inversión extranjera que se haya efectuado en nuestro país.

Por lo que respecta a las sociedades que se inscriben en el Registro antes mencionado tendrán la obligación de presentar anualmente dentro de los cuatro

⁷⁰ Idem, artículos 31 y 32, p.96.

⁷¹ Idem, artículo 33, p.97.

meses siguientes al cierre de cada ejercicio social, un cuestionario económico, contable-financiero y de balanza de divisas respecto del ejercicio que acaba de concluir. La presentación de dicho informe constituirá el derecho de renovación de la inscripción de la sociedad de que se trate en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, ya que como se desprende de la interpretación de dicha ley, la inscripción de las sociedades que tienen inversión extranjera en su capital, debe de renovarse de manera anual.⁷²

4.2. LEYES SUPLETORIAS

4.2.1. CÓDIGO DE COMERCIO

Llegado a la conclusión de acuerdo con los capítulos anteriores de este trabajo, respecto al carácter mercantil del contrato de franquicia, entendamos la necesidad de regirse por la legislación mercantil la cual en primer lugar cuenta con el Código de Comercio. Dicho ordenamiento sienta las bases para todos los actos de comercio⁷³ así como respecto de las personas que los celebran por el hecho de ser comerciantes o no, y señalando como legislación supletoria a las disposiciones contenidas en el derecho común, es decir, como ordenamiento supletorio sustantivo al Código Civil y como ordenamiento supletorio adjetivo al Código de Procedimientos Civiles.

⁷² Ídem, artículo 35, p.97.

⁷³ Artículo 1o., Código de Comercio, Op. Cit.

Quienes celebran un contrato de franquicia necesariamente tendrán que ser comerciantes pues harán del comercio su ocupación ordinaria. En este sentido podemos señalar que de conformidad con el artículo 2 del Código de Comercio son comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de ésta, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.⁷⁴

En esta misma legislación establecerá ciertas obligaciones y derechos a cargo de los comerciantes, en este caso los elementos personales del contrato de franquicia, entre las cuales encontramos que tienen la obligación de:

i. Publicar que son comerciantes, y en caso de que sean personas morales, inscribir en el Registro Público de comercio de su domicilio social, determinada información corporativa tal como sus escrituras constitutivas y todas las

⁷⁴ Ibid, p. 1-2.

modificaciones que la misma sufra, los poderes que otorgue, los funcionarios de la misma y las facultades que a cada uno de ellos le correspondan;

ii. A llevar un sistema de contabilidad determinado el cual también tendrá que apearse a la legislación fiscal y en lo que no se oponga a la legislación aplicable, al sistema que designa, para tal efecto, el sistema de franquicias al que pertenezca; y

iii. A conservar la correspondencia que tenga relación con su actividad de comerciante, la cual se refiere principalmente a toda aquella correspondencia derivada de las comunicaciones que tenga con el sistema de franquicias al que pertenezca.⁷⁵

Además, que el Código de Comercio cuenta con un capítulo denominado "De los Contratos Mercantiles en General", en el que establece las normas procesales a que se deberán sujetar las controversias de naturaleza comercial.

Y en el caso de que en el Contrato de Franquicia se prevea el Arbitraje Comercial como medio de solución de controversias el Código de Comercio también cuenta con un título que rige al Arbitraje Comercial. Las disposiciones que ahí se encuentran están basadas en las contenidas en la Ley Modelo de Arbitraje preparada

⁷⁵ *Ibid.*, art. 16.

por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés).

4.2.2. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

La Ley General de Sociedades Mercantiles rige a las personas morales comerciantes las cuales, como ya hemos dicho, podrán ser tanto el franquiciante como el franquiciatario, es decir, quienes constituyen los elementos personales en el contrato de franquicia.

De acuerdo con lo anterior, las personas físicas que deseen unirse para llevar al cabo un fin común podrán hacerlo a través de cualquiera de los tipos de sociedades establecidas en el artículo 1o. de la ley antes mencionada, aunque las más usuales son, en primer lugar: la sociedad anónima y, en segundo lugar la sociedad de responsabilidad limitada.

Uno de estos fines podrían ser precisamente el participar en sistemas de franquicias y celebrar los contratos respectivos para tal efecto así como la distribución de bienes y/o la prestación de servicios de manera exclusiva como lo proveen los contratos de franquicia.

La Ley General de Sociedades Mercantiles también establece la manera a través de cual las sociedades extranjeras pueden llevar al cabo actos de comercio, de

manera habitual dentro de la República Mexicana.⁷⁶ Ésta misma ley rige a las sociedades mercantiles, dentro de dichas sociedades podemos mencionar a las extranjeras que en todo caso podrían ser franquiciantes que desean iniciar operaciones en el mercado mexicano, por tal razón éstas podrían requerir realizar actos de comercio dentro del territorio nacional.

Por otro lado, esta ley también cuenta con un capítulo que regula específicamente la Asociación en Participación⁷⁷ que es un "... contrato a través del cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio."⁷⁸ Figura a través de la cual las partes integrantes de dicho convenio podrían, en su caso, optar por ingresar a un sistema de franquicia.

4.2.3. LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

La franquicia se encuentra sujeta a la Ley Federal de Protección al Consumidor, aún cuando directamente el franquiciatario respecto al franquiciante no es aplicable

⁷⁶ Artículos 250 y 251 de la Ley General de sociedades Mercantiles, contenida en el Código de Comercio .

⁷⁷ Ídem, artículos 253 y 259.

⁷⁸ Ibid, artículo 252.

la misma, el franquiciatario se obliga frente a sus consumidores a observar dicha legislación por las siguientes razones:

- i. Por los productos o servicios que ofrecen a los consumidores, y
- ii. Por las relaciones que tienen con dichos consumidores.

Esta Ley establece disposiciones irrenunciables para consumidores y proveedores o prestadores de servicios, que para efectos de este trabajo, los franquiciatarios tendrán este carácter. Su objeto es proteger las relaciones jurídicas que surjan entre los consumidores de bienes que adquieran o contraten con proveedores de estos últimos, sobre la base de diversos principios que buscan la equidad y seguridad jurídica.⁷⁹

El órgano encargado de vigilar las relaciones que hemos apuntado es precisamente la Procuraduría Federal del Consumidor la cual "... es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores."⁸⁰

⁷⁹ Artículo 1o. De la Ley Federal de Protección al Consumidor.

⁸⁰ Artículo 20. Ibid.

Sin embargo, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, conforme a la Ley de Normalización y Metrología es una pieza clave pues a ella le compete expedir las normas oficiales mexicanas que tienen como objeto:

"I. Los productos que deban expresar los elementos, sustancias o ingredientes de que están elaborados o integrados así como sus propiedades, características, fecha de caducidad, contenido neto y peso o masa drenados, y demás datos relevantes en los envases, empaques, envolturas, etiquetas o publicidad, que incluyan los términos y condiciones de los instructivos y advertencias para su uso ordinario y conservación;

III. La forma y términos en que deberá incorporarse la información obligatoria correspondiente en los productos;...

IV. Los requisitos de información a que se someterán las garantías de los productos y servicios; ...

V. Los requisitos que no deberán cumplir los sistemas y prácticas de comercialización de bienes; ...

VI. Los productos que deberán observar requisitos especiales para ostentar el precio de venta al público, ... cualesquiera que estos sean, en sus envases, empaques o envolturas o mediante letreros colocados en el lugar donde se

encuentran para su expendio, donde se anuncien u ofrezcan al público, así como la forma en que deberán ostentarse; ...

VII. Las características de productos, procesos, métodos sistemas o prácticas industriales, comerciales o de servicios que requieran ser normalizados de conformidad con otras disposiciones, ...⁸¹

Dicha Secretaría, además, se encargará de regular lo relativo a la información y publicidad que difundan los proveedores, en este caso las franquicias, que en su conjunto incluyen a los franquiciantes como a los franquiciatarios, respecto de los bienes y servicios que producen o prestan, respectivamente, a través de cualquier medio de comunicación, con el objeto de asegurar que dicha información y publicidad sea veraz, comprobable y que carezca de elementos como lo son diálogos, sonidos, imágenes, entre otros, que induzcan o puedan inducir al error a los consumidores.⁸²

Como anteriormente lo expusimos, la publicidad es un elemento muy importante en los sistemas de franquicias, el cual aunado a la marca constituirán un símbolo de calidad que será reconocida por el público.

Los proveedores, o en este caso los franquiciantes directamente si ellos son los fabricantes de los productos peligrosos que pudieran resultar lesivos, tienen la

⁸¹ Art. 19, *ibid.*

⁸² Art. 32, *ídem.*

obligación de manifestarlo a los consumidores mediante la inclusión del instructivo correspondiente y las precauciones que en su caso debe tomar el consumidor al manejar dicho producto.⁸³

La Ley Federal de Protección al Consumidor también regula todo lo relativo a ofertas y promociones de bienes o servicios, los términos mínimos que deben cumplir y las obligaciones que los proveedores asumen frente a los consumidores al emitirlos así como las responsabilidades derivadas de los incumplimientos respectivos.⁸⁴ En estos casos, además, será necesario que, para que una promoción u oferta pueda ser realizada por un franquiciatario, éste deberá contar con la previa autorización del franquiciante o, en su caso, que dicha promoción u oferta sea generalizada en todos los establecimientos parte del sistema por ser propuesta por el propio sistema.

No se descarta la opción de que muchos sistemas de franquicias podrán incluir la realización de ventas a domicilio, las mediatas y las indirectas, que por cierto también se encuentran reguladas por esta Ley, y deberán cumplir con ciertas formalidades cuyo objeto es el de proteger a los consumidores como son:

- i. Cerciorarse de que la entrega del bien se hace en el domicilio del consumidor;

⁸³ Art. 47, *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

- ii. Permitir a los consumidores ejercitar las reclamaciones o devoluciones correspondientes a los productos adquiridos a través de estas figuras, por medio de los mismos medios utilizados para la adquisición de que se trate;
- iii. Cubrir los gastos de envío de los productos cuando se trate de devoluciones o reparaciones en los términos de la garantía correspondiente;
- iv. Informar al consumidor el precio del producto adquirido así como la fecha de entrega, costo de seguro, costo del flete y, en su caso, la marca del bien o servicio.

Los contratos en operaciones de este tipo se perfeccionan a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se recibió el bien o la firma del contrato correspondiente, en la inteligencia, sin embargo, que será a partir de la fecha de lo último que suceda.⁸⁵

En el caso de que ya sean los bienes o servicios objeto de la franquicia los que proporcionen a los consumidores ciertas garantías las mismas serán reguladas por esta ley pues ella incluso provee el uso de las palabras "garantizado" o "garantía", en el sentido de que las mismas únicamente podrán ser usadas cuando se exprese claramente la forma y términos para su operación con respecto del producto o

⁸⁵ Ídem.

servicio de que se trate y, con el objeto de proteger los intereses de los consumidores.⁸⁶

En cualquiera de los casos, las garantías no podrán ser inferiores o establecer limitaciones a los derechos que legalmente le correspondan a los consumidores desde el punto de vista de ésta ley o de cualquier otra disposición legal que sea aplicable.

Las garantías obligan tanto a los productores o proveedores como a los importadores y a los distribuidores, lo cual incluye tanto a franquiciantes como a franquiciatarios, quienes deberán asegurarse de la existencia de partes y refacciones, así como de la prestación de los servicios de reparación durante el término de vigencia de la garantía así como cuando los productos sigan produciéndose o distribuyéndose dentro de la República.⁸⁷

Los franquiciatarios deberán entregar las pólizas de garantía al consumidor al momento junto con el bien o servicio correspondiente y deberán contener por lo menos, su duración, alcance, condiciones, mecanismos para hacerlas efectivas así como el domicilio tanto para las reclamaciones como para los talleres de reparación y servicio.⁸⁸

⁸⁶ Art. 40, *ídem*.

⁸⁷ Art. 79 y 80, *ídem*.

⁸⁸ Art. 78, *ídem*.

También se encuentran reguladas en esta ley los servicios, las operaciones a crédito y las operaciones con inmuebles, así como el procedimiento administrativo relativo a las reclamaciones presentadas por los consumidores ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

Además, esta ley provee un capítulo especial para los contratos de adhesión, instrumentos jurídicos frecuentemente son utilizados por los franquiciatarios en la prestación de los servicios que son objeto de la actividad económica que realizan. En la mayoría de los casos estos contratos deberán ser registrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor y contener todas las disposiciones que al efecto establece dicho ordenamiento.

Entendiendo por contrato de adhesión a "el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las disposiciones ordinarias de un contrato."⁸⁹

Dichas disposiciones, tienen el objetivo principal el proteger los intereses de los consumidores por encima del de los proveedores, es decir, de los franquiciatarios y franquiciantes.

⁸⁹ Ídem, art. 85.

4.3. LICENCIAS DE USO.

Como en capítulos anteriores se hizo mención de la importancia al iniciar las operaciones de cualquier franquicia de contar previamente con las diversas licencias, permisos y autorizaciones que podrán ser tanto municipales como locales e incluso hasta federales, ya que la ausencia de dichos trámites es causal para la clausura del negocio, considerando que estas autorizaciones van desde los permisos de uso de suelo para instalar el negocio de que se trate en un local o predio determinado.

Los trámites antes mencionados no son la única obligación en la negociación de una franquicia, ya que todas las franquicias requerirán de una licencia de funcionamiento en los términos de la legislación en materia ecológica la cual, entre otras cosas, se otorga cuando se cumplan los requisitos de control de desechos y emisión de contaminantes, los cuales incluyen desde líquidos, gases, sólidos y hasta emisiones de ruido así como la forma en que se dispone de ellos, la cantidad y los efectos que los mismos tienen sobre el medio ambiente.

Las franquicias requerirán también de una licencia sanitaria de conformidad con la Ley General de Salud.

Los requisitos para obtener cada una de las licencias, permisos y/o autorizaciones requeridas dependerán de la actividad a que cada franquicia se dedique ya que podrán ser las aquí expuestas únicamente o podrán adicionarse cualquiera otra

que sea necesaria de conformidad con las diversas leyes especiales que se apliquen al negocio correspondiente y que se requieran para llevar al cabo la actividad de que se trate.

Como parte de las obligaciones contractuales de los franquiciatario, están los gastos y derechos que se derivan de la obtención y tramitación de dichos permisos, licencias y/o autorizaciones, pero sobre todo el mantenerlas vigentes para así evitar la clausura del establecimiento y no ser ésta una causa para la terminación del contrato.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El contrato de franquicia surgió a nivel internacional por una necesidad de proteger a la empresa o negociación mercantil, considerada en sus elementos corporales e incorporeales que conforman el todo económico en cuanto a sus activos, propiedad industrial, avío, clientela, y demás derechos inmateriales que la conforman como son las diversas licencias que puede obtener.

El antecedente más remoto se localiza en la segunda mitad del siglo pasado en Estados Unidos Mexicanos en la protección de las cadenas de máquinas de coser SINGER y su real despunte con la Compañía Embotelladora Coca-Cola a finales del siglo pasado y principios de éste y su auge con las cadenas Mc. Donald's.

El contrato de franquicia en la segunda mitad del presente siglo ha recorrido todo el mundo e introdujo el denominado trade dress , es decir la protección de la imagen comercial.

En nuestro país aún cuando se conocían en la época de los años setenta empieza a tener relevancia jurídica a fines de la década pasada conjugando una serie de elementos ya conocidos con otros nuevos para configurar el contrato de franquicia.

La opinión de varios autores y estudiosos del mundo comercial, nos deja ver que la palabra franquicia cuenta con diversos elementos propios que la caracterizan y la identifican de otras figuras afines.

En la actualidad es un contrato típico y nominado, ya que se reglamenta en la LPI, la que entiende en su artículo 142 que: "Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmiten 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 ..."

La naturaleza jurídica de la franquicia es un contrato celebrado entre particulares y sancionado por el Estado a través del IMPI que tutela los intereses del empresario franquiciante, la exclusividad dentro de su respectivo ámbito del franquiciatario e indirectamente al consumidor, el que recibe el producto o los servicios del negocio conforme está establecido en el clausulado del propio contenido.

La naturaleza jurídica del contrato de franquicia es la de un contrato mercantil sancionado por la autoridad administrativa por lo que la ley sustantiva será la mercantil y en cuanto a su estructura y aprobación estará a cargo de la legislación administrativa, en este caso la LPI.

A través de los contratos de franquicia se promueven fuentes de trabajo y la inversión de capital nacional a negocios exitosos, incidiendo en la derrama de recaudación fiscal que a su vez favorece a diversos sectores de obras y servicios públicos y del sector social menos favorecido.

Al estar reglamentado el contrato de franquicia en un solo artículo de la ley de la materia, es conveniente con la experiencia que tiene nuestro país de plasmarla en otros numerales de la ley, sobre todo para proteger de una manera más eficaz la denominada imagen comercial (*trade dress*) que favorece a la protección de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFIA

Alvarez Soberanis, Jaime. La regulación de las invenciones y marcas y de la transferencia tecnológica. Ed. Porrúa, S. A., México 1979.

Arbide Talamantes, Rafael R. Implantación de un sistema de franquicias de impresión rápida en la república mexicana. Tesis para obtener el Título de Licenciado en Administración de Empresas; Universidad Iberoamericana, México 1994.

Arce Gargollo, Javier. El contrato de franquicia. 2a. ed., Ed. Themis, México 1992.

Arce Gargollo, Javier. Contratos mercantiles atípicos. 2a. ed., Ed. Trillas, México 1989.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. ed., Ed. Harla, México 1984.

Bescos Torres, Manuel. Factoring y franchising. nuevas técnicas y dominio de los mercados extranjeros. Ed. Pirámide, Madrid, España 1990.

Blak's Law Dictionary, Six edition by the publisher's, Ed. Staff, Minesnesotta, U.S.A. 1990.

Cabanella de las cuevas, Guillermo. Régimen jurídico de los conocimientos técnicos. Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina 1984.

De Pina Vara, Rafael. Diccionario de derecho. Ed. Porrúa, S.A., México 1990.

Gallástegui Armella, Juan Manuel y Joaquín. Carpeta para el diplomado en desarrollo y administración de franquicias. Instituto Tecnológico y de estudios superiores de Monterrey, Campus Estado de México, México 1993.

Gallástegui Armella, Juan Manuel. El contrato de franquicia 3a. Parte. Revista Notifranquicias, año 2, No. 9, México D.F. Junio-Julio 1993.

González Calvillo, Enrique y Rodrigo. Franquicias la revolución de los 90's. Ed. Mc. Graw-Hill, México 1994.

Gutierrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 2a. ed., Ed. Cajica, Puebla, México 1965.

Nava Negrete, Justo. Derecho de las marcas. Ed. Porrúa, México 1985.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Curso de derecho mercantil. 14a. ed., Ed. Porrúa S.A., México 1979.

Sánchez Medal, Ramón. De los contratos civiles. 8a. ed., Ed. Porrúa S.A., México 1991.

Sandoval López, Ricardo. Tratado de derecho comercial, nuevas operaciones mercantiles. Ed. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile 1993.

Steven S. Raab y Gregory Matusky. Franquicias: ventajas y desventajas de su venta. Ed. Limusa, Grupo Noriega Editores, México 1991.

Vázquez del Mercado, Oscar. Contratos mercantiles. Ed. Porrúa S.A., México 1992.

Wu, connie y Calhoun Ellen. "Patentes: un recurso valioso en la era de la información". Revista Información: Producción, comunicación y servicios a la

propiedad intelectual. Traducción de Heberto Reynel Iglesias, año 3, Núm. 2, México 1993.

OTRAS FUENTES

Diario Reforma, Franquicias, (suplemento especial), día 30 de Septiembre de 1996.

Diario Reforma, Expansión y Reforma, "Brindan apoyo a franquiciatarios" (suplemento comercial), día 12 de septiembre de 1994.

Revista Expansión, "Franquicias arraigan pese a todo", año XXVIII, Núm. 690, México Mayo de 1996.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Instituto Federal Electoral, Secretaría General, Dirección del Secretariado, 1994.

Código Civil para el Distrito Federal. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, 2a. ed., México 1993.

Código de Comercio. Ed. Porrúa S.A., 56a. ed., México 1991.

Ley General de sociedades Mercantiles. Contendida en el Código de Comercio, Ed. Porrúa S.A., 56a. ed., México 1991.

Ley Federal de Protección al Consumidor. Contenida en el Código de Comercio, Ed. Porrúa S.A., 56a. ed., México 1991.

Ley Federal de Competencia Económica. Ed. Pac, México, 1994.

Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial. Ed. Esfinge S.A. de C.V., Naucalpan, Estado de México 1993.

Ley de la Propiedad Industrial. Según el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 1994.

Reglamento Interior del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de noviembre de 1994, Primera sección.

Ley Sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su Reglamento. Ed. Porrúa S.A., 15a. ed., México 1990.

Ley de Invenciones y Marcas. Ed. Porrúa S.A., 15a. ed., México 1990.

Tratados Internacionales para evitar la doble tributación 1994. Ed. Icaf, S.A. de C.V., León Guanajuato, México 1994.

Ley de Inversión Extranjera. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993, segunda sección.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Según las reformas publicadas a través del decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación, Primera sección, el 28 de diciembre de 1994.

Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, Subsecretaría de Industria, La Contratación de Tecnología. Dirección General de Desarrollo Tecnológico, Dirección de Patentes, abril de 1993.