

527



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

LA RESPONSABILIDAD INHERENTE A LAS PARTES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA FRENTE A TERCEROS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: VICTOR HUGO LUNA MUNGUIA



DIRECTOR DE TESIS: LIC. JOSE LUIS HERNANDEZ MARTINEZ

295874

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO DISTRITO FEDERAL 2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

**A LA SANTÍSIMA TRINIDAD:
DE LA QUE HE RECIBIDO TODO Y HE DADO TAN POCO**

CON TODO CARIÑO A MIS SEÑORES PADRES:

**SOFIA EDITH MUNGUÍA B.
QUIEN ME HA DADO LA VIDA Y EL CORAJE PARA VIVIRLA, CON SU
EJEMPLO Y SABIDURÍA**

**MANUEL LUNA VILLORDO
QUIEN CON SU APOYO ME ENSEÑÓ EL VALOR DEL TRABAJO HONESTO**

**A MIS HERMANAS Y HERMANOS
CON PROFUNDO CARIÑO Y AGRADECIMIENTO**

**A MIS AMIGOS LIDIA Y ALFONSO
QUIENES HAN ELEVADO UNA ORACIÓN POR MI**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO:
PORQUE HA SIDO Y SEGUIRÁ SIENDO LA MÁXIMA CASA DE ESTUDIOS**

**A LA FACULTAD DE DERECHO
POR ABRIRME LAS PUERTAS DE SUS AULAS, EN LAS QUE LA
UNIVERSALIDAD DE IDEAS FORMARON MI CRITERIO**

**AL LICENCIADO JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ MARTÍNEZ:
POR SU APOYO INCONDICIONAL Y PACIENTE**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	i
--------------	---

CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE LA FRANQUICIA

1.1. ORIGEN	1
1.2. ANTECEDENTES INTERNACIONALES	6
1.2.1. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	7
1.2.2. ARGENTINA	10
1.2.3. ITALIA	14
1.2.4. JAPÓN	14
1.2.5. OTROS PAÍSES	15
1.3. ANTECEDENTES NACIONALES	18
1.3.1. ANTECEDENTES PRÁCTICOS COSTUMBRISTAS	20
1.3.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	23
1.4. IMPORTANCIA JURÍDICO- ECONÓMICA DE LA FRANQUICIA	28

CAPÍTULO II DESARROLLO DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO

2.1. CONCEPTO	32
2.1.1. DENOMINACIÓN	36
2.2. ELEMENTOS	39
2.2.1. PERSONALES	41
2.2.1.1. EL FRANQUICIANTE	43
2.2.1.2. EL FRANQUICIATARIO	45
2.2.1.3. OBJETIVOS (GIROS COMERCIALES QUE PUEDEN SER OBJETO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA)	46

2.3. OBJETO	48
2.3.1. OBJETO MATERIAL	50
2.3.1.1. MARCAS	51
2.3.1.2. PATENTES	54
2.3.1.3. NOMBRES COMERCIALES	56
2.3.1.4. AVISOS COMERCIALES	58
2.3.1.5. TECNOLOGÍA	59
2.3.1.6. ASESORIA	61
2.3.1.7. CONSULTORIA	64
2.3.1.8. SUPERVISIÓN	66
2.3.1.9. SECRETOS INDUSTRIALES	68
2.4. LA EXCLUSIVIDAD	71
2.5. PRESTACIONES Y CONTRAPRESTACIONES	73
2.6. MOTIVO O FIN	76
2.7. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	77
2.8. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	80
2.9. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO	82
2.10. CLASES DE FRANQUICIAS	85
2.11. LA SUBFRANQUICIA	89
2.12. FIGURAS AFINES	91
2.13. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	94

CAPÍTULO III MARCO LEGAL APLICABLE

3.1. LEYES GENERALES	98
----------------------	----

3.1.1. CÓDIGO DE COMERCIO	98
3.1.2. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES	101
3.1.3. LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA	102
3.14. LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA	107
3.1.5. LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	111
3.2. REGULACIÓN COMERCIAL ESPECIALIZADA	114
3.2.1. LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL	115
3.2.2. REGLAMENTO DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL	117
3.3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	120
3.3.2. CÓDIGO CIVIL	121
3.3.3. LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR	123
3.3.4. LEY FEDERAL DEL TRABAJO	125
3.4. PRINCIPALES ACUERDOS, DECRETOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES	125
3.5. ASPECTOS INTERNACIONALES	128
3.6. AUTORIDADES RECTORAS	130

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD INHERENTE A LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA FRENTE A TERCEROS

4.1. LA RESPONSABILIDAD	134
4.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE	141
4.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO	146
4.4. DERECHOS DEL CONSUMIDOR	152
4.5. LA RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIANTE FRENTE A TERCEROS	155
4.6. LA RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIATARIO FRENTE A TERCEROS	161
4.7. PROPUESTA PARA REGULAR LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA FRENTE A TERCEROS	163

CONCLUSIONES

167

BIBLIOGRAFÍA

173

INTRODUCCIÓN

La presente monografía consiste en un estudio acerca de la franquicia, y pretende reflejar la importancia que tiene éste contrato, no sólo en la vida nacional, sino en el contexto comercial internacional.

Lo anterior, ya que dicho contrato, está presente en la mayor parte de la vida comercial de todo el mundo, pues las grandes empresas que tradicionalmente manejan franquicias, tienen presencia internacional. Por ello, en éste estudio se tocan las generalidades y aspectos más trascendentales que arroja la doctrina especializada, la legislación de la materia y la relacionada, para llegar a un entendimiento concreto de esta figura.

Sin embargo, salta a la vista la falta de una legislación tendiente a regular la responsabilidad tanto de las partes propiamente hablando, como de éstas frente a terceros, lo cual es de suma importancia, ya que las franquicias se manejan lo mismo en constructoras, agencias de viajes, como en comida rápida y ópticas, entre otros muchos giros, por ello, la responsabilidad de las partes está latente en todo momento, pero sin regulación alguna.

Por la trascendencia del estudio de la responsabilidad y su delimitación para con los terceros, debe ser regulada a efecto de que éstos no queden en estado de indefensión, por la facilidad con la que los contratantes se pueden esconder aprovechando el anonimato que produce la contratación de la franquicia.

La problemática de la responsabilidad de las partes en el contrato de franquicia mueve esta investigación, la cual se desarrolla en cuatro capítulos. En el primero de ellos, se trata lo relacionado a los antecedentes que dieron origen a

la figura jurídica en estudio, tal y como se conoce hasta estos días, pasando por las diferentes experiencias históricas de otros países y México.

En el segundo capítulo, se estudia el contrato de franquicia a la luz de la doctrina especializada, desmembrándose el contrato en sus aspectos doctrinarios y legislativos, así como analizando las características de sus elementos personales, objetivos y accidentales, como lo son las patentes, avisos y nombres comerciales entre otros.

En el tercer capítulo, se aborda el estudio de las leyes generales en materia de comercio, y las relativas a la propiedad industrial, pasando por diversas leyes federales relacionadas como la misma Carta Magna, exponiendo los puntos fundamentales de los principales acuerdos, decretos y convenios internacionales, que en materia de propiedad industrial se relacionan en México y en el mundo con la franquicia.

En el cuarto capítulo, se define primeramente la responsabilidad misma, de igual modo, los derechos y obligaciones de las partes contratantes de la franquicia entre sí y, los derechos del consumidor, para así llegar establecer la responsabilidad de los contratantes ante los terceros.

Finalmente se propone una serie de adiciones a la legislación industrial, tendiente a regular la responsabilidad de las partes contratantes de la franquicia entre sí y, frente a terceros, a efecto de evitar que los franquiciantes dolosa o de mala fe, creen alguna falsa idea en los franquiciatarios sobre la realidad del negocio que contratan, así como que ambas partes aprovechen el desconocimiento de su personalidad y con ello puedan llegar a perjudicar a los terceros, al no tener la posibilidad de que identifiquen plenamente al titular del negocio, con el que tienen alguna relación, así como la solidaridad que por su responsabilidad debiera existir entre las partes frente a terceros.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LAS FRANQUICIAS

1.1. ORIGEN

Fue aproximadamente entre los años de 1850 y 1860 que se presentó en Estados Unidos de América la necesidad de crear una nueva forma de hacer negocios, derivada de la falta de liquidez por la que atravesaban las grandes empresas que no podían cubrir la demanda de sus productos y tampoco les resultaba práctico comprar predios por todo el país, para expenderlos y abarcar todo el mercado. Esto traía aparejado el doble problema de inversión en inmuebles y su adecuada puesta en operación, sumando a ello tener que cargar con una nómina bastante crecida. Todo ello impedía la posibilidad de crecimiento de algunos negocios que aunque exitosos no podían sortear esos problemas.¹

En la década de referencia, son de resaltarse los esfuerzos por los que atravesó la empresa I. M. Singer & Co., como precursora del sistema de franquicias, al tener que enfrentar los problemas aludidos, ya que por un lado, el éxito de su novedoso invento consistente en la máquina de coser, representó la oportunidad para cada hogar estadounidense, de contar con un instrumento que permitía elaborar la vestimenta propia, y por otro lado, acarreó una gran demanda por parte de los consumidores, quienes ansiosos de conocer el nuevo invento, hicieron grandes pedidos.

A ese éxito se contrapuso la falta de recursos por parte de la empresa "Singer" para satisfacer la creciente demanda de sus productos, así como la imposibilidad física para promocionarlos a lo largo de la unión americana, ya que no contaba con la capacidad técnica ni económica suficiente para satisfacer la avalancha de solicitudes de compra del nuevo producto.²

¹ Cfr. González Calvillo Enrique y Rodrigo González Calvillo. Franquicias la Revolución de los 90. Primera edición. Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana de México, S. A. de C. V. México, 1994, pág. 32.

² Idem.

En mérito de lo expuesto, el Maestro Óscar Vásquez del Mercado indica: "Los antecedentes del contrato de franquicia se fijan en los Estados Unidos de Norte América, en donde el sistema de comercialización de productos y servicios cumplen una función especial. Es después de la segunda guerra mundial cuando empieza propiamente a desarrollarse, debido fundamentalmente a la necesidad de contar con recursos para la creación de la pequeña y mediana empresa".³

A su vez, el autor norteamericano Steven S. Raab, confirma que efectivamente, "...el otorgamiento de franquicias no es nada nuevo la empresa de I. M. Singer Company otorgó franquicias para la venta de sus máquinas de coser en la década de 1850. Las compañías petroleras y automovilísticas argumentan que sus distribuidores trabajan por medio de franquicias desde principios de siglo. Pero en realidad las franquicias no tuvieron apoyo y el reconocimiento públicos hasta la década de 1950".⁴

Aunado a lo anterior, debe considerarse que el sistema tradicional de ventas que imperaba a mediados del siglo XIX se basaba en la paga de un sueldo por parte del patrón a sus vendedores, en el pago de un sueldo más comisiones, o simplemente en el pago de éstas, por cada operación de venta que realizaran los vendedores o comisionistas. Así las cosas, la empresa, decidió que en vez de pagar por vender, o llevar ellos mismos su producto a toda la unión americana, pensaron en **cobrar por vender.**

De ésta manera idearon una nueva forma para la venta y distribución de sus máquinas de coser sin ser necesariamente ellos quienes directamente controlaran a sus representantes o vendedores, deshaciéndose de una gran parte de la nómina, y sin tener que trasladar ellos mismos las máquinas a todos los puntos de distribución.

³ Vásquez del Mercado Óscar. Contratos Mercantiles. Séptima Edición. Editorial Porrúa S. A. de C. V. México, 1997, pág. 577.

⁴ Franquicias. Cómo Multiplicar su Negocio. Editorial Limusa S. A. de C.V. Primera Edición. México, 1991, pág. 29

"Por medio de este sistema, los concesionarios acordaron pagarle a Singer una cuota por el derecho de vender sus máquinas en territorios específicos. Éstos compraban las máquinas a 60 dólares y las vendían a un sobreprecio, resolviendo así el problema de ventas y distribución de Singer, así como el problema de flujo de efectivo que afrontaba la compañía."⁵

El autor Rafael Pérez Miranda, comenta a su vez, que: "Las franquicias se comenzaron a utilizar, en efecto, para evitar las prohibiciones de la legislación antitrust(antimonopolio)en U.S.A. se atribuye la primera a la General Motors, en 1929) y luego se extendieron posteriormente a Francia."⁶

Años más tarde, en las postrimerías del siglo XIX, la industria automotriz de la General Motors Co., que para el año de 1898, se encontraba en las mismas desventajas económicas y de distribución que la empresa Singer, tuvo que desarrollar un sistema de ventas idéntico, aunque adoptando otros medios de mercadotecnia, tales como el correo directo y las tiendas departamentales. Sin embargo, el sistema de ventas utilizado en las máquinas de coser fue el que dio mejores resultados, en cuanto a que utilizó los principios esenciales de la franquicia.⁷

En efecto los contratos de franquicias esencialmente se basan en los siguientes principios:

- 1.- la explotación de una marca o marcas comerciales necesariamente;
- 2.- eventualmente la marca se ve complementada con la explotación aparejada de nombres, signos y/o avisos comerciales, así como de patentes de invención;
- 3.- invariablemente el franquiciatario utilizará como método de venta el que indique el franquiciante, sin poder variarlo;

⁵ González Calvillo Enrique y Rodrigo González Calvillo. Op. Cit. pág. 33.

⁶ Propiedad Industrial y Competencia en México. Primera Edición. Editorial Porrúa S. A. de C. V. México, 1994, pág 116.

⁷ Cfr. González Calvillo Enrique y Rodrigo González Calvillo. Op. Cit. pág. 33.

4.- la calidad de los productos, bienes o servicios motivo del contrato de franquicia siempre tendrán las mismas características cualitativas y cuantitativas que los ofrecidos por el franquiciante.

En éstas condiciones, los incipientes sistemas de comercialización, constituirían la forma más primitiva de lo que hoy se conoce por franquicia, entendida en una forma simple, como el derecho que transmite un comerciante a otro para que éste explote la marca y/o nombres y avisos comerciales, contando con el apoyo de asistencia técnica del primero, pagando por el goce de esa explotación, aunque nada impida que la transferencia del derecho de explotación sea gratuito.

Para la General Motors, el uso del sistema de franquicias representó una gran ventaja ya que no tuvo que preocuparse por destinar fondos para adquirir predios en todo Estados Unidos, ni desviar su atención para vender o arrendar directamente sus autos, dirigiendo sus recursos específicamente a la investigación, así como al perfeccionamiento de sus vehículos y motores, lo que los llevó a consolidarse como la empresa líder del mercado norteamericano.

Son interesantes los datos que se obtienen de internet, en torno a los antecedentes del contrato que se estudia y dada la multiplicidad e importancia de los conocimientos que arroja, se transcriben literalmente:

"Si debemos fechar la irrupción de la franquicia como sistema de distribución comercial, la fecha es sin duda 1.929. General Motors recurre a un contrato que favorece el asociacionismo entre la central y sus distribuidores favoreciendo mucho la colaboración entre ambas partes, pero manteniendo en niveles razonables la independencia de las partes. Así fue como la reacción ante las leyes antitrust (leyes antimonopolios) tendientes a evitar la integración vertical de distribuidores y productores facilitó el desarrollo efectivo del sistema de franquicias, de cuya vitalidad y éxito da fe su actual expansión a prácticamente todos los sectores de la economía.

"Pero no sólo en los Estados Unidos de Norteamérica las empresas tomaban conciencia de las ventajas de éste sistema, en la vieja Europa también Francia contaba con empresarios con visión de futuro, así fue como los propietarios de la fabrica de lanas La Lainiere de Roubaix se aseguraron la salida comercial de sus productos creando la firma Pingouin, asociando a un gran número de minoristas que, al firmar el contrato se aseguraban la exclusividad de la distribución de los productos Pingouin en su zona geográfica.

"Los años cincuenta conocieron la expansión del sistema de franquicias tal y como lo conocemos hoy en día, y fue en los Estado unidos de Norteamérica donde encontraron las condiciones necesarias para su despegue definitivo, siendo hoy en día la nación que lidera éste sistema de probado éxito comercial."⁸

Con el paso del tiempo, otras ramas de la industria como la petrolera, y la de autopartes, optaron por las ventajas que ofrecía el incipiente mecanismo de la franquicia, incrementando considerablemente la distribución y venta de sus productos.

A éste respecto, el maestro Javier Arce Gargollo, al referirse al remoto antecedente de la empresa Singer, indica que fue imitado por una empresa hotelera, como la de Howard Johnson quien creó, en los años treinta, una cadena de veinticinco moteles, utilizando el sistema de franquicias.⁹

El mismo autor agrega, que el verdadero desarrollo de las franquicias se dio entre los años de 1950 y 1960, en los que las grandes empresas ampliaron sus horizontes a nivel internacional, a través de éste moderno sistema de negocios, época en la que florecieron grandes comercios como: los hoteles Sheraton y Holiday Inn; las

⁸ <http://franquicias.net/pagih08.htm>

⁹ Cfr. El Contrato de Franquicia. Cuarta Edición. Editorial Themis S.A. de C.V. México. 1997, pág. 3.

empresas de comida rápida como Dunkin Donuts, McDonald's, Burger King, 7- Eleven y Kentucky Fried Chicken. ¹⁰

1.2. ANTECEDENTES INTERNACIONALES

Como se ha visto, el sistema de las franquicias, nació en los inicios del siglo XX en Estados Unidos, para continuar con su operación en los demás países desarrollados, en los que existían grandes empresas e industrias exitosas, al igual que pequeños empresarios deseosos de convertirse en dueños de notables consorcios, como es el caso de los establecimientos de hamburguesas McDonald's.

"La internacionalización de las franquicias empezó a producirse en la década de los sesenta. Para 1971 había ya 156 franquicias norteamericanas operando con 3365 unidades fuera de Estados Unidos. Actualmente hay más de 400 compañías norteamericanas que otorgan franquicias fuera del mercado estadounidense, la mayoría de ellas localizadas en Canadá, el Reino Unido, Francia, Italia y Australia." ¹¹

Con relación al éxito de las franquicias, cabe resaltar que el público consumidor en todas partes del mundo, se acostumbra a cierta clase de productos, en atención a su calidad, prestigio, confort, sabor y cantidad, esto es porque una vez que el producto llega a ser de la aceptación e identificación de su clientela, ésta exige en todo momento la uniformidad de las cualidades mencionadas en dichos satisfactores, ya sean bienes o servicios, de tal suerte que si el producto varía en alguna de las características ya apuntadas, el público puede dejar de adquirirlo.

Es por ello que actualmente se puede disfrutar de una hamburguesa de McDonald's con la misma calidad en México y en Rusia, o pollo frito al estilo y con el sabor de Kentucky Fried Chicken, tanto en California, como en China.

¹⁰ Idem.

¹¹ González Calvillo Enrique y Rodrigo González Calvillo. Op. Cit. pág. 46.

En Canadá las franquicias estadounidenses de mayor pujanza económica son las que se dedican a expender lo que se conoce como "fast food" o comida rápida, Este país constituye el mejor y más importante mercado de franquicias de Estados Unidos, ya que la identidad de idioma, gustos y preferencias lo convierten en un caldo de cultivo para las franquicias norteamericanas.

"Del mismo modo existen empresas canadienses que tras la marcada preferencia local han trascendido fuera de las fronteras de ese país como en es el caso de Uniglobe Travel (Empresa dedicada a la organización de viajes) que exporta sus conceptos turísticos hacia los Estados Unidos de América, Inglaterra, Francia, Bélgica, Singapur, Australia, Japón, el Caribe y Nueva Zelanda.

"De acuerdo con la Asociación de Franquiciantes Canadienses (ACF), se sabe que el volumen de ventas alcanzado por los negocios que operan mediante el sistema de franquicias creció un 13% en la década de los ochenta.

"El gobierno canadiense apoya al sistema de franquicias, pero sobre todo a los negocios con capacidad de expansión hacia otros mercados, para así balancear el déficit de pagos originado por el alto número de franquicias extranjeras que allí funcionan."¹²

1.2.1. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Estados Unidos de América fue el país que propuso prácticamente al mundo, un nuevo concepto en el modo de hacer negocios a través de las franquicias, y aunque sus antecedentes más remotos los encontramos en la empresa I. M. Singer, la realidad es que las franquicias como tales no fueron reconocidas públicamente ni tuvieron apoyo alguno hasta la década de 1950, cuando los restaurantes y hoteles empezaron a aparecer como réplicas por todo Estados Unidos.¹³

¹² Ibidem pág.48

¹³ Cfr. Steven S. Raab. Op. Cit. pág. 32.

"El caso de las gasolineras es interesante, ya que, hasta 1930, las compañías petroleras eran dueñas de la mayoría de dichos establecimientos. Acto seguido, las gasolineras independientes que operaban con autorización de las compañías empezaron a caer en una agresiva guerra de precios. Por el miedo de perder ganancias en dicha guerra, Standard Oil Co., de Indiana optó por rentar sus estaciones a los administradores de las mismas. Los nuevos concesionarios o franquiciatarios establecieron sus propios precios y generaron así sus propios ingresos, con los riesgos, beneficios y satisfacciones de un empresario." 14

Así los nuevos concesionarios o franquiciatarios establecieron sus propios precios generando sus ingresos bajo su riesgo, y para su beneficio, esto propició que la empresa petrolera dejara de pagar salarios y prestaciones que resultaban una carga y al mismo tiempo, dio lugar al cobro de una renta determinada convencionalmente, por concepto de la explotación de las estaciones expendedoras de gasolina, lo cual dejó ver para los futuros franquiciantes, la posibilidad de cobro de regalías para la explotación de su propiedad industrial.

De este modo, el público resultó beneficiado toda vez que las gasolineras permanecían más tiempo abiertas; al tiempo que su manejo se volvió más eficiente y los rendimientos de la compañía petrolera crecieron en un corto plazo.

Este sistema operativo fue recibido con aprecio en casi todas las compañías petroleras del mundo y se conserva hasta nuestros días, como sucede en México a través de las franquicias que opera Petróleos Mexicanos con las gasolineras.

Por otra parte, cabe destacar que también una de las precursoras más importantes del sistema de franquicias fue The Coca-Cola Company, que nace en 1886, como un primitivo sistema de fuente de sodas, en el que elaboraban la base del conocido refresco de cola. 15

14 González Calvillo Enrique y Rodrigo González Calvillo. Op. Cit. pág. 34.

15 Ídem.

"Más tarde, en 1889, dos inversionistas de Chattanooga persuadieron al presidente de la citada empresa de fuente de sodas para que les otorgara los derechos para vender Coca-Cola embotellada en todo el país, creando la primera embotelladora de refrescos en el mundo. Tal fue el éxito del refresco, que para el año 1919 y siguientes, los dueños de la refresquera subfranquiciaron los derechos del producto por toda la Unión Americana, contando en ese año con 1000 embotelladoras, a las que se les unió la competencia de Pepsi-Cola y Dr. Pepper entre otras."¹⁶

La revista "Entrepreneur, 500 Franquicias en México" cuya nota no menciona el nombre del autor, señala que: "...en 1954 en Illinois Estados Unidos, el señor Ray Kroc inició McDonald's Corporation, el que a la fecha representa el mejor restaurante de servicio rápido a nivel mundial, integrado por más de 24,000 restaurantes distribuidos en 114 países."¹⁷ Ésta cadena de restaurantes de hamburguesas se han convertido en arquetipo de las franquicias exitosas y modelo a seguir en sus métodos de mercadotecnia y organización administrativa que han logrado adecuarse a todos los tiempos y países en que operan.

Otro ejemplo de desarrollo franquiciario se observó en 1925, cuando Howard Johnson inició un negocio de refrescos y helados contando apenas con 500 dólares, mismos que obtuvo de un préstamo. Con el paso de los años su negocio creció hasta tener dos restaurantes bastante concurridos, a los que gustaba de caracterizarlos pintando sus techos de color naranja brillante.¹⁸

Los planes de expansión del señor Howard Johnson incluían la apertura de más negocios pero con capital propio, su único obstáculo sería la depresión económica de los Estados Unidos en 1929, por lo que convencido de la efectividad de las franquicias en los negocios, se empeñó en buscar lo que él llamó un "socio franquiciario".¹⁹

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Número 2, Enero 1999. Editorial Impresores Arenas S. A. de C. V. México 1999, pág. 3.

¹⁸ Cfr. González Calvillo Enrique y Rodrigo González Calvillo. Op. Cit. pág. 35.

¹⁹ Ídem.

"De este modo convenció al dueño de un restaurante en Cape Cod, al noreste de Estados Unidos, para que usara su nombre y le comprara sus productos. Los dos prosperaron, de tal suerte que para el año de 1940, contaban ya con 100 restaurantes a lo largo de la costa este de la Unión Americana. Así Howard Johnson se convirtió en una de las franquicias hoteleras más grandes de Norte América y posteriormente en el mundo entero."²⁰

Así las cosas, es de considerarse también un factor más que vino a propiciar el éxito de las franquicias, fenómeno conocido como el Baby Boom en los Estados Unidos, originado por el crecimiento repentino de la población, generadas por el aumento en el poder adquisitivo de los consumidores, que trajo a su vez como consecuencia el éxodo masivo de los granjeros a las ciudades y suburbios, acelerando así una gran demanda de bienes y servicios.

Debido a lo anterior, muy pronto se dejó sentir en la población una bonanza financiera, en la que se otorgaron créditos a miles de personas con deseos de tener un negocio propio, generándose así un desencadenamiento de negocios que operaron bajo el exitoso y ya probado sistema de franquicias.

El autor Steven S. Raab, comenta que: "Howard Johnson's, McDonald's y AHMCO(Anthony A. Martino Company, especialistas en reparación de cajas automáticas) son importantes dentro de la historia de las franquicias, porque los sectores de las comidas rápidas y de los automóviles han sido el almacigo tradicional e ideal para el surgimiento de franquicias que han tenido éxito..."²¹

1.2.2. ARGENTINA

La explotación de las franquicias llegó a la República de Argentina más tarde que a México, debido naturalmente a la distancia entre la región Andina y los Estados Unidos de América, en Argentina se denomina como "franchising".

²⁰ Ídem.

²¹ S. Raab, Steven. Op. Cit. pág. 34.

Oswaldo Marzorati, fundador y presidente de la Asociación Argentina de Franchising, ofrece una amplia y detallada situación práctica de lo que son las franquicias o franchising en la Patagonia.

Si bien es cierto que en ese país, no existe legislación que regule expresamente las convenciones que en materia de franquicias se dan en la práctica, éstas se rigen por el principio rector de las convenciones contenido en el artículo 1197 del Código Civil argentino, el cual establece que los acuerdos de voluntades de los particulares tienen el mismo valor que la ley, en tanto no vulneren o restrinjan las normas de orden público, la moral o las buenas costumbres.

Ese fundamento legal se complementa con disposiciones legales aplicables a las franquicias como son: leyes sobre tecnología, marcas, patentes, arriendos comerciales, giros de divisas, moneda extranjera, formas societarias, propiedad para extranjeros, propiedad intelectual, legislación fiscal y laboral.

A continuación se mencionan las franquicias internacionales más importantes que operan en Argentina y que no resulta extraña su operación en otros países de Latinoamérica como son: Pizza Hut, Coca-Cola, Pepsi-Cola, Hertz, Avis, National, Holliday Inn, Hyatt, Circle K, Exxon, Bata, Adidas, Fuddruckers, McDonald's y Burger King.

Del mismo modo, "Conviven con estos franquiciantes algunos puramente locales que han visto en el franchising una oportunidad de desarrollo. Entre éstos figuran los siguientes: Grimoldi, Lave Rap, Marta Haf, Los Vascos, Dufor, Helados Massera, Bona fide, Vantage, Delicity, Pumper Nic, Errols, Dra. Bougier."²²

El autor Oswaldo Marzorati comenta que en Latinoamérica, los países con "régimenes marcarios" adoptan el sistema atributivo de derechos, según el cual, estos

²² González Calvillo Enrique. La Experiencia de las Franquicias. Segunda Edición. Editorial McGraw Hill/Interamericana Editores S.A. de C.V. México, 1991, pág. 36.

emanan del registro. En Argentina las leyes 111 y 22.362 regulan el registro de patentes, marcas, modelos y diseños industriales; la ley 22.362, impone los requisitos que se deben satisfacer para obtener la protección legal de una marca.²³

La propiedad de una marca se obtiene en Argentina mediante el registro que al efecto se hace, sin esperar que el mero uso de la marca no registrada otorgue derechos sobre ella, y si la marca está registrada, los derechos que confiere duran por diez años, con la posibilidad de renovarlo, requiriéndose únicamente para su procedencia la prueba del uso de la marca, exigencia que viene desde la ley de 1981.

En todas las franquicias, es de destacar que el control sobre el método de contabilidad, tiene un propósito especial, como es la inspección de los libros que es útil para determinar la situación del mercado, fijar el monto de las regalías y estimar en general la posición económica del franquiciatario.

Marzorati explica, "...que el delicado equilibrio de cooperación que debe existir entre las partes y la voluntad de dirección del franquiciante se quiebre y lleve al franquiciatario a una posición de subordinación llegando incluso a la deformación del contrato, en éste sentido. Para los tribunales, siempre es posible modificar la descripción que las partes manifiestan y asumen en su momento. Si el control que ejerce el franquiciante es excesivo, corre el riesgo de ser considerado un empleador del franquiciatario, cuando éste último sea una persona física."²⁴

Cuando el franquiciatario es una persona física, se presenta el problema para los argentinos de atribuir la responsabilidad a las partes en tratándose de materia laboral, es decir, si deben o no considerar al franquiciante como patrón del franquiciatario en las condiciones antes apuntadas y en consecuencia, achacarle al franquiciante una responsabilidad directa frente a los trabajadores de su supuesto "subordinado" (franquiciatario), o en su caso, fincarle una responsabilidad solidaria a

²³ *Ibidem* pág. 43.

²⁴ *Ibidem*, pág 45.

ambas partes, o sencillamente, tener la responsabilidad limitada del franquiciatario frente a sus propios trabajadores.

Los argentinos, para resolver la interrogante planteada, concluyen que es prioritario determinar quién fija los sueldos, quién los aumenta, concede las vacaciones o gratificaciones, elementos que definen la existencia de una relación laboral entre las partes contratantes en la franquicia, la respuesta normal es que la subordinación técnica y económica de los empleados sólo existe con relación al franquiciatario, quien no es representante ni agente del franquiciante, luego entonces, no procede la acción en contra de éste último.

Es a partir de un principio de equidad y de justicia que se considera que debería legislarse en Argentina respecto de cualquiera de los casos, que la responsabilidad de las partes sea solidaria en atención a que por un lado el franquiciante impone sus métodos de dirección, operación y administración al franquiciatario, pues sólo con tal imposición se garantiza la prosperidad de un negocio, por tanto ambas partes al beneficiarse del mismo negocio deben responder ya sea solidaria o al menos en la proporción de sus ganancias frente a terceros como son en éste caso los empleados.

En estas condiciones, se observa que el franquiciatario aporta elementos materiales, humanos y capital sujetos al visto bueno del franquiciante mientras que éste último, aporta la marca o marcas que entre otras cosas, amparan un negocio debidamente establecido y aceptado en el gusto del consumidor; debido a la igualdad de calidades con que se expenden los productos objeto de la franquicia y en la proporción guardada ambos reciben ganancias por sus actividades comerciales, que por tanto, validamente se puede afirmar, que ambos deben responder solidariamente por partes iguales en la responsabilidad frente a terceros y empleados del franquiciatario, pues ambos obtiene ganancias del negocio franquiciado, o al menos deben responder en la proporción de sus ganancias.

1.2.3. ITALIA

En Italia no ha sido regulado legislativamente lo concerniente a las franquicias, por lo que continúa siendo un contrato atípico, reconocido sólo por la Jurisprudencia.

A los contratos de franquicias italianas le son aplicables el reglamento 4078/88 de la Comunidad Económica Europea, mencionado en el Tribunal de Milán, el trece de noviembre de 1989. En tal mención se reconoce que existen diversas clases de franquicias, aunque siguen la clasificación del reglamento común europeo, el cual clasifica a las franquicias como de servicio, producción o distribución, además es de resaltar que Italia carece de una regulación en materia de competencia desleal.²⁵

Italia es un país con un alto desarrollo en materia de franquicias pues para el año 1985 contaba con 79 franquiciantes y un total de 8,024 franquicias otorgadas. Actualmente Italia se encuentra agrupada en la federación Europea de Franquicias(EFF), la cual ha establecido un Código de ética y tiene acceso al Comité de Comercio y Distribución de la Comunidad Económica Europea, así como el Comité de Liasón de la Distribución (organismo no oficial, pero de importancia en cuanto a distribución de productos en Europa).²⁶

1.2.4. JAPÓN

Los contratos de franquicias aparecen en Japón aproximadamente en 1965, en el que tienen una buena acogida, debido a que se trata de un país con un excelente poder adquisitivo per cápita, por lo que no tardó mucho en desarrollarse, la figura de estudio.

“Las grandes diferencias culturales y de idioma que representa el mercado japonés fueron de menos peso para las compañías extranjeras comparadas con sus características de densidad demográfica, así como de poder adquisitivo per cápita,

²⁵Cfr. Arce Gargollo Javier. Op. Cit. pág. 83.

²⁶ Cfr. González Calvillo Enrique y Rodrigo González Calvillo. Op. Cit. pág. 52.

condiciones que lo hacen un mercado ideal para la venta al menudeo. De tal suerte, que en 1965 Japón contaba apenas con siete franquicias y, para 1982, tenía ya 408, de las cuales el 15%(62 franquicias) eran estadounidenses y vendían a través de 4990 tiendas."²⁷

Lo anterior pone de manifiesto la enorme importancia que tiene el contrato de franquicia, ya que como se ve, en Japón más que desarrollarse las franquicias que llegaron del exterior, se gestó toda una infraestructura de negocios locales partiendo del modo de contratar a través del sistema franquiciatario.

También se debe señalar, que Japón es un país que no escapó a la avalancha de franquicias estadounidenses que invadió prácticamente el resto del mundo, fundamentalmente los negocios conocidos como "Fast Food" o Comida Rápida, los cuales han tenido un éxito apenas creíble, pues las hamburguesas, pizzas y pollo frito, como los más representativos en su género, son ya del gusto de los habitantes de la mayoría de los países del mundo, incluyendo los japoneses.

Es tal la importancia de las franquicias en Japón, que se creó en 1972 La Asociación Japonesa de Franquicias, cuya función es centralizar la información referente a este rubro de la economía, estableciendo estándares éticos a seguir, así como la relación de los contratantes con el Ministerio de Comercio Internacional.²⁸

1.2.5. OTROS PAÍSES

Existen otros países, tales como Australia, Brasil, Chile y Francia, que ofrecen aspectos interesantes de las franquicias, y que han desarrollado notablemente este sistema de comercialización.

En Australia, se observa que las franquicias se inician como negocios y como forma de contratar a partir de la década de los setenta. Los negocios que

²⁷ *Ibidem*, pág. 49

²⁸ *Ibidem*, pág. 50

originalmente ingresaron fueron precisamente los de "Fast Food", seguidos de las cadenas automovilísticas, y de servicios, Así aparecieron McDonald's, posteriormente Kentucky Fried Chicken, Pizza Hut, Computerland, Midas Muffler (empresa dedicada a prestar servicios de mecánica automotriz) y 7-Eleven.

Con la llegada de las citadas empresas los inversionistas locales se vieron motivados para otorgar franquicias a sus conacionales, y a buscar otros negocios en donde invertir.

Para el año de 1982, cerca de 16, 500 tiendas ya operaban a través del sistema de franquicias, con volúmenes tales que equivalían a 20% de las ventas al menudeo de aquel país. Es en el año de 1983, en el que se creó La Asociación de Franquiciantes Australiana, dedicada al apoyo de los aspectos técnicos a saber, y a su lado es de resaltar la actuación del Westpac Banking Corp. (banco líder australiano), que creó toda una gama de servicios financieros para apoyar a los franquiciatarios.²⁹

En Francia, "la franquicia no está regulada en la legislación francesa. Se le aplican algunas normas de otros contratos, como el que puede tener una duración determinada o indeterminada, pero en este último caso no puede durar más de diez años (ley de 14 de octubre de 1943). Existen ya algunas decisiones en los tribunales que han señalado alguno de los elementos de este contrato. Entre los elementos fundamentales de la franquicia está la doble exclusividad recíproca. Se entiende que la franquicia que el franquiciador comunica un *savoir-faire* (saber-hacer) y que el contrato se distingue de la simple concesión en que en la franquicia hay una obligación de proporcionar asistencia técnica y comercial."³⁰

Brasil, es también un caso interesante, ya que en ese país las franquicias surgieron en forma distinta a la mayoría de los países que importaron sus primeras franquicias de Estados Unidos, puesto que en un principio el ingreso de empresas franquiciantes fue desalentado por el riguroso control de salidas de divisas que ejerce

²⁹ Cfr. *Idem*.

³⁰ Arce Gargollo Javier. Op. Cit. pág 83.

el Estado, impidiendo la fácil salida de regalías y dividendos al extranjero, por lo que se dice que se produjo un fenómeno parecido al del mercado norteamericano de la posguerra, en la que a falta de tecnología los brasileños desarrollaron la propia.

Se debe mencionar que: "...en aquél país eran desconocidas las franquicias como tales, sin embargo, empresas como Agua de Cheiro, una de las mayores redes de franquicias de Brasil, misma que actualmente cuenta con 450 tiendas de perfumes y cosméticos, sin saberlo prácticamente otorgaba franquicias desde 1980, cuando ya tenía más de 200 unidades franquiciadas en operación, y descubrieron que esa práctica se empezaba a conocer a nivel mundial denominada como Contrato de franquicia".³¹

"Otro ejemplo es Yazigi, franquiciante de escuelas de habla inglesa, que franquicia negocios de este tipo desde 1963 o 1964; por 1986 pudo percibir que aquello que practicaba era algo llamado Franchising y que también lo estaban practicando otras empresas." ³²

Hoy en día existe en Brasil el Instituto Franchising, con sede en Sao Paulo, y su principal objetivo consiste en la difusión de ésta contratación, pues intenta divulgar las ventajas de las franquicias para franquiciatarios, franquiciantes y público consumidor, por lo que ha establecido un Código de Ética que intenta garantizar en la mayor de las posibilidades la seriedad en este tipo de operaciones además de su profesionalismo.

Como se aprecia, no existe algún país importante en el cual se haya regulado debidamente el contrato de franquicia, ni siquiera en España país en el cual recientemente se ha abrogado la Ley sobre Tecnología, cuyos preceptos resultaban aplicables al contrato a estudio, por lo que actualmente se aplican las disposiciones que le conciernen de la Ley de Patentes, así como, la Ley de Marcas, por lo que a la

³¹ González Calvillo Enrique. Op. Cit. pág. 34.

³² ídem.

fecha no existen preceptos importantes que delimiten las características de las franquicias, por lo que el contrato de franquicia prácticamente es atípico en el mundo.

1.3. ANTECEDENTES NACIONALES

Los precedentes mexicanos de las franquicias encuentran sus orígenes en la exportación de las marcas de las empresas estadounidenses de mayor éxito, como Coca-Cola, Pizza Hut, Ford, McDonald's, Dóminos pizza, Midas (cadena de talleres mecánicos), Pepsi-Cola, por mencionar sólo algunas. Cabe decir que es México el país al que Estados Unidos exporta más sus franquicias.

Esto deriva de una razón de orden lógico como lo es la cercanía territorial con el país que las vio nacer; además, por lo económico que resulta para sus empresarios invertir en México, al redituárles excelentes márgenes de ganancias dada la mano de obra que es muy barata, y un mercado de más de noventa millones de habitantes.

Se debe mencionar que en México, oficialmente no existían franquicias que no fueran las de las grandes compañías refresqueras como Coca Cola Co. y Pépsico. o las gasolineras de Pemex, que constituyen la excepción a la regla, por lo que en la historia de las franquicias en nuestro país es importante resaltar que las franquicias sentaron sus reales con la entrada de una de las mayores franquicias de los Estados Unidos de América, y del mundo, esto es McDonald's, por lo que se puede hablar de la historia de las franquicias antes y después de la llegada de esa marca de comida rápida a México.

La revista "Entrepreneur" cuya edición no menciona el nombre del columnista, destaca que "En octubre de 1985 llegó a México el restaurante con mayor prestigio en el mundo, ahora cuenta con 140 restaurantes que aún están muy lejos de cubrir el mercado nacional aseguró José Carlos González Méndez, Director general de McDonald's Sistemas de México S.A. DE C.V."³³

³³ Entrepreneur, Op. Cit. pág. 49.

Los autores Enrique y Rodrigo González Calvillo a este respecto señalan: "Los casos de franquicias mexicanas en 1988 e, inclusive, en los dos años posteriores, fueron aislados. Entre ellos figuraban Videocentro, Triónica y Domimundo, franquicias desarrolladas por Grupo Mexicano de Franquicias S.A., compañía creada bajo los auspicios de Televisa... también se produjo el desarrollo de la franquicia Vip's, la que en opinión de los autores se presenta como el proyecto más serio de y de mayor potencial que se han desarrollado en nuestro país."³⁴

En apoyo a lo anterior, se dice que una de las primeras franquicias en México, fue la otorgada por McDonald's, y que es a esta marca a quien se debe la entrada en masa de la avalancha de franquicias, que invadió el mercado nacional. Aunque debe decirse que ya anteriormente existían otras marcas como Coca-Cola, pero que estas no representaban algún aliciente importante para las demás franquicias norteamericanas con deseos de explotar el mercado mexicano mediante el uso del contrato que se estudia.³⁵

"Durante la década de los noventa las franquicias en México han tenido un importante crecimiento. Algunas de las razones de este crecimiento son: la abrogación de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, una apertura más favorable a la inversión extranjera, el fomento a la pequeña empresa y medios de financiamiento más ágiles, algunos de ellos enfocados a las franquicias y a la pequeña y mediana empresa."³⁶

En México, se ha favorecido el desarrollo de las franquicias, a partir de los resultados económicos observados por los conacionales de las franquicias estadounidenses, tal es el caso de la cadena de Ópticas Devlyn, cuya primera franquicia data de 1992, contando actualmente con 102 puntos de venta o establecimientos en México, amén de abrir centros de comercialización

³⁴ González Calvillo, Enrique y Rodrigo. Op. Cit. pág. 58.

³⁵ Ibidem, pág. 61

³⁶ Arce Gargollo Javier. Op. Cit. pág. 11.

en Centroamérica, Colombia, Brasil, Argentina, Uruguay, Chile, y Sur de los Estados Unidos.³⁷

A éste respecto el Director de tan importante empresa el Señor Frank Devlyn admite que ésta táctica de crecimiento en estudio la imitaron de los extranjeros al decir que: "...vimos que había todo tipo de franquicias, incluso en el ramo óptico. Ciertas empresas que sólo contaban con tres sucursales, totalmente desconocidas en Estados Unidos vinieron a apantallarnos, y nos hizo abrir los ojos y darnos cuenta que ser la óptica más grande de Latinoamérica implicaba ofrecer sistemas, conceptos nuevos y poder de compra".³⁸

Lo anterior, ilustra de una manera clara como las franquicias son adoptadas por el pueblo mexicano, como una de las tantas influencias que entran por la frontera norte de nuestro país, y que para bien de la economía nacional generan empleos, divisas, capitales, riesgos como cualquier negocio comercial.

1.3.1. ANTECEDENTES PRÁCTICOS COSTUMBRISTAS

Como se ha observado, existen países en los que aún sin saberlo ya estaban operando negocios por medio de las franquicias como el caso de "Yazigi" en Brasil, que ya otorgaba franquicias de sus escuelas de idiomas desde 1964, lo cual es muy interesante si consideramos que puede no ser el único caso análogo en la historia del comercio mundial.

Los antecedentes de las franquicias propios de la práctica mexicana se dan en el comercio directo, en el pequeño comerciante que tras la disciplina que observó en la calidad de sus productos abrieron brecha para su extensión nacional e internacional.

³⁷ Cfr. Mustarós Antonio. Revista Expansión. Número 756. Volumen XXIX. Editor Javier Martínez Staines. México, diciembre 16, 1996, pág 83.

³⁸ Ídem

A finales de los años sesenta, el señor Jack Pratt, franquiciatario de la cadena de hoteles HOLLIDAY INN se entrevistó con el señor Kemmons Wilson iniciador y dueño de la famosa firma de hoteles, a efecto de que iniciaran la expansión internacional de sus hoteles, para lo cual se asociaron con empresarios mexicanos que ya tenían experiencia en el ámbito nacional y que administraban exitosamente los Hoteles Posadas, dejando la operación y control de los hoteles en las manos del señor Gastón Azcárraga Tamayo.

Pero es el caso que para el año 1990, Holliday Inn fue adquirida por un grupo de empresarios ingleses de nombre Bass, PLC, quienes quitaron la exclusividad en el manejo de los hoteles a Posadas de México, y otorgaron franquicias a los inversionistas en general.³⁹

Vale la pena señalar el caso de Helados Bing, que a principios de los años sesenta, el Sr. Adolfo Bingham Horn, Jr. ingresa al ámbito empresarial, montando una pequeña cadena de helados de sabores, con unas inflexibles normas de calidad y frescura de sus ingredientes además de la limpieza extrema que nunca abandonarían a sus productos, así como la calidez en el trato a sus clientes.

Fuera de las franquicias extranjeras, se ha venido notando un crecimiento importante en los negocios netamente mexicanos, como el caso de "Tamales Tía Angélica" y la paradójica cadena de tiendas "Sushi Itto" que pese al nombre de la marca y a su objeto comercial, son restaurantes 100% mexicanos, en el presente estudio se resaltan ciertos aspectos de la marca "Sushi Itto", los cuales resultan interesantes e ilustrativos.

En efecto, Rebeca Nicholson Castro apoderada legal de la cadena de restaurantes de comida japonesa "Sushi Itto", explica que: "Esa idea de la franquicia es un sistema de comercialización de alimentos de estilo japonés, es un concepto local de cocina extranjera, con inversión mexicana ciento por ciento, con presencia en la ciudad

³⁹ Cfr. González Calvillo Enrique. Op. Cit. pág. 103.

de México, Querétaro, Toluca, Veracruz y Cuernavaca, y centros de venta en Guatemala, Panamá y próximamente en Colombia.

"Fue el corporativo franquiciante, quien diseñó las reglas, esto es: Los franquiciatarios están obligados a consumir las salsas que elabora el corporativo con riguroso control de calidad y uniformidad en sus características, una proporción de los pescados importados, algas, arroz, wasabi y el gengibre, tal y como viene sucediendo desde que la empresa fue un pequeño local de 28 metros cuadrados, abierto en 1988, provisto por Internacional de Pescados, que desde entonces surtía a la mayor parte del gremio restaurantero japonés. Actualmente la cadena ha otorgado 29 franquicias que prometen recuperar la inversión inicial de ciento veinte mil dólares en un lapso de entre 18 y 24 meses, requeridos para arrancar el negocio."⁴⁰

Por otra parte, en el artículo titulado "Surfeando la Tercera ola" publicado en la revista "Expansión", se destaca a propósito de las anteriores entrevistas que: "Durante el último año, también se materializó la idea de que empresas tradicionales como Bisquets Obregón, Helados Siberia y Tamales de la Tía Angélica, crecieron localmente y de igual forma, conceptos diseñados localmente saldrán con fuerza al exterior como en el caso de Sushi Itto, Diversiones Moy, Julio y Taco Inn, han logrado incursionar en otras fronteras."⁴¹

Es así como se dan las primeras prácticas en materia de franquicias, como es el caso brasileño ya comentado, que aún sin saberlo operaban contratos que si bien es cierto formalmente no eran franquicias, sí guardaban todas las características de las mismas. No se puede negar la posibilidad de que en otras partes del mundo, algunas otras empresas hayan utilizado tal método de hacer negocios, ignorando el potencial económico que en otras latitudes se desarrollaba paralelamente con las franquicias que hasta hoy se conocen.

⁴⁰ Entrevista con Rebeca Nicholson Castro, realizada por éste autor, efectuada el 1º de octubre de 2000, en la ciudad de México.

⁴¹ Olguín, Claudia. Revista Expansión. Número 715. Volumen XXIX. Editor Javier Martínez Staines. México, mayo 7, 1997, pág. 46.

1.3.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En México no se encuentra un precedente legislativo encaminado a regular los contratos de franquicia, en forma expresa, dado que dicho contrato aparece formalmente en el siglo XX, por lo que se puede decir que ésta figura jurídica es joven en el mundo, y en México con mayor razón, en éstas condiciones, la indagación de datos legislativos de las franquicias se debe encaminar a la historia de las marcas en México, de la que se obtienen datos importantes que ayudan a saber el tratamiento legal en el que se manejaron las franquicias antes que la ley las reconociera como figuras jurídicas.

El Profesor Joaquín Rodríguez Rodríguez, hace referencia a diversos datos históricos de trascendencia en el presente estudio en temas como las marcas nombres y avisos comerciales y patentes en los siguientes términos:

“En México, las leyes de marcas de 1889, 1903 y 1928 han coincidido en sus rasgos fundamentales, así como la de 1942, si bien ésta última bajo el nombre de Ley de la Propiedad Industrial han quedado refundidas la anterior ley de marcas, avisos y nombres comerciales con la de patentes de invención. Esta última fue abrogada por la Ley de Invenciones y Marcas, publicada el diez de febrero de 1976.

“La primera ley mexicana sobre patentes- dejando a un lado la aprobada por las cortes españolas en 1820, aplicada en México durante doce años- es la ley sobre derecho de propiedad de los inventores o perfeccionadores de algún ramo de industria de 7 de mayo de 1832. A esta siguió la ley de 1890. Las leyes de patentes de invención de 1903, 1908 y 1942 han regulado sucesivamente en México esta materia, como ahora lo hace la Ley de Invenciones y Marcas, publicada en el D.O. del 10 de febrero de 1976.”⁴²

⁴² Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil. Décimosexta Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982. pág. 425.

Es importante destacar que la Ley de Invenciones y Marcas(LIM) de 1976, no hace referencia expresa a las franquicias, por tanto y para efectos de la materia de este estudio, se hace referencia a los artículos de ésta Ley que tienen relación con las franquicias:

Las marcas se usan para distinguir los artículos y servicios que un comerciante, fabrica, produce o presta, pudiendo ser cualquier medio material que sea susceptible, por sus características especiales, de hacer distinguir a los objetos o servicios que se aplica o trata de aplicarse de los de su misma especie o clase (arts. 87 y 89 LIM).

La LIM distinguía entre las marcas ligadas y vinculadas como sigue:

Marcas ligadas. Recibían esa consideración por la Secretaría de Industria y Comercio, para efectos de su transacción cuando pertenecen a un mismo titular. Sean idénticas o semejantes en grado tal que puedan confundirse y amparen los mismos o semejantes productos (arts. 96 y 97 de la LIM).

Marcas vinculadas. Son aquellas marcas originalmente registradas en México, que deben unirse a otra marca, originalmente registrada en el extranjero o cuyo titular es una persona física o moral extranjera, cuando ésta última marca este destinada a amparar productos fabricados dentro del territorio nacional (arts. 93, fracción XIII, 127, 128, 129 y 131 LIM).

Marca vinculada colectiva. Se da en los casos en que los distintos usuarios se ponen de acuerdo o se asocian para usar la misma marca vinculada(art. 130 LIM).

La LIM, admitía el principio general de la transmisión de las marcas en la forma que establece la legislación común según lo estatúa el artículo 141, pero la transmisión no surtía sus efectos ni no era inscrita en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, ni tampoco surtía efectos frente a terceros si no era registrada en la Dirección General de Invenciones Y Marcas como lo ordenaron los artículos 141 y 142 de dicho ordenamiento legal.

El artículo más importante en ésta investigación lo constituye el 134 de la LIM el cual establecía que: "El titular de una marca registrada sin tener que transmitirla, podrá autorizar a una o más personas como usuarios de la marca. Esta autorización de uso podrá referirse a todos o algunos de los productos o servicios protegidos por dicha marca", sin duda éste artículo constituía el fundamento legal para la celebración válida de las franquicias, en un marco de regulación prácticamente inexistente.

La regulación contractual de la franquicia, se puede resumir en cinco momentos fundamentales que son tratados atinadamente por el Profesor Javier Arce Gargollo como sigue:

"a) Antes de la LRTT. (Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas hasta que se promulgó la LRTT (30 de diciembre de 1972) los contratos de franquicia en México no tenían una regulación referida a ellos expresamente. Esto significa que no estaba sujeto a limitaciones legales o administrativas, en todo caso, cuando el contrato incluía la licencia de uso de una marca, este acuerdo sólo en cuanto a lo que hace al uso de la marca, debía hacerse por escrito e inscribirse en la Dirección de Invenciones y Marcas (artículos 134 y demás relativos de la LIM ya abrogada).

"b) De la LRTT al RLRTT de noviembre de 1991. La LRTT promulgada en el Diario oficial de 30 de diciembre de 1972, obligaba a que los contratos de transferencia de tecnología, cuya descripción se contenía en el artículo 2o., se inscribiera en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología para ser válido. Para que los contratos se inscribieran y tuvieran efectos jurídicos en México, era necesario que no incluyeran pactos que pudieran constituir "causas de negativa de inscripción"(artículo 15 y 16 de la LRTT).

"El contrato de franquicia, como negocio jurídico que involucra transferencia de tecnología, para ser válido en México durante los años de 1973 a enero 1990, debían registrarse en el Registro Nacional de Transferencia de tecnología y no contener ninguna causa de negativa de inscripción. Esta LRTT y su reglamento

vigente hasta enero de 1990, contenía limitaciones contractuales que resultaban muy estrictas para la celebración de los contratos y, en ocasiones hacían poco atractiva su celebración.

"c) El RLRTT de enero de 1990, La promulgación de un nuevo Reglamento de la LRTT significó el reconocimiento y definición del contrato de franquicia en el Derecho mexicano y la liberación de la mayoría de las limitaciones contractuales que establecía la LRTT.

"El artículo 23 del citado reglamento definió a la franquicia como el acuerdo [en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmita conocimientos técnicos, proporcione asistencia técnica en los términos de los incisos a), f) y h), del artículo 2° de la Ley, con el propósito de procurar bienes o servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor, independientemente de algún otro de los supuestos que marca el precepto citado.]

"Los aspectos más importantes que contenía esta RLRTT son:

-La facultad del Registro para determinar "de acuerdo a su criterio aquellas situaciones susceptibles de excepción atendiendo a circunstancias de beneficio para el país(artículo 53 RLRTT).

-No se aplican a la franquicia: la limitación de que el franquiciante tenga intervención en la administración del negocio del franquiciatario(artículo 34 fracción I, del RLRTT), la de que el franquiciatario éste obligado a adquirir equipo o materias primas de un origen determinado(artículo 38 del RLRTT); ni la prohibición del franquiciatario de exportar(artículo 40 fracción II del RLRTT).

"d) De la nueva LFPPI. Con fecha 27 de junio de 1991, se promulgó la LFPPI(La Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial) con lo que las franquicias dejan de ser acuerdos que se deben inscribir como especies del

contrato de transferencia de tecnología que regulaban dicha ley y reglamento, por lo tanto ya no es obligatoria la inscripción del contrato en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología (que ya no existe) para que surta efectos en México.

"c) El Reglamento de la LFPPI, En el Diario Oficial de 23 de noviembre de 1994 se promulgó el Reglamento de la LFPPI, que contiene un importante precepto relativo a los contratos de franquicia.

"El artículo 65 denomina a las partes del contrato a estudio como franquiciante y franquiciatario, además señala de conformidad con el artículo 142 de la Ley que es obligación del franquiciante proporcionar a quien se pretende conceder una franquicia, por lo menos la información técnica, económica y financiera que detalla la disposición. "43

De esta suerte, la citada LRTT y su Reglamento, vigentes hasta enero de 1990 contenían obstáculos para el registro de los contratos de franquicias que caían muchas veces en el desánimo de los contratantes, quienes tenían que salvar los inconvenientes legales como son los siguientes:

A).- Que la contraprestación no guardara relación con la tecnología adquirida o constituyera un gravamen injustificado o excesivo para la economía nacional o para la empresa adquirente, según versaba el artículo 16 fracción II de la LRTT.

B).- Intervención directa o indirecta en la administración del franquiciatario, según lo estatúa el artículo 15 fracción I de la LRTT.

C).- Obligación del franquiciatario de adquirir equipo o materia primas de un origen determinado según disposición de la fracción IV del artículo 15 de la LRTT.

⁴³ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. págs. 30 a 33.

D).- Prohibición legal para que el franquiciatario desarrollara tecnología con fundamento en el artículo 15 fracción V de la LRTT.

E).- Prohibición o restricción al franquiciatario para exportar, artículo 15 fracción IV de la LRTT.

F).- Obligación del franquiciatario para guardar el secreto por un plazo no mayor a diez años después de fenecido el contrato atento a lo dispuesto por el artículo 15 fracción XI de la LRTT.⁴⁴

Las anteriores leyes y reglamentos constituyen los antecedentes legislativos aplicables a las franquicias en México, de las que se observa que en primer término se les daba un tratamiento de especies del contrato de Transferencia de tecnología, lo cual es incorrecto, en atención a que las franquicias pueden celebrarse sin incluir transferencia de tecnología, por lo que no pueden considerarse como especie de tal género.

1.4. IMPORTANCIA JURÍDICO ECONÓMICA DE LA FRANQUICIA

Con el propósito de exponer una idea en forma más clara acerca de la importancia jurídica y económica de las franquicias, es menester observar los datos que proporciona el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, de acuerdo con cifras divulgadas por la Asociación Internacional de Franquicias con sede en Washington, D.C. la cual afirma que a finales de 1989 existían aproximadamente 509 000 franquicias, que reportaron ventas mayores de 640 billones de dólares.⁴⁵

Lo más importante de las cifras anteriores, que lógicamente han aumentado conforme avanza la economía estadounidense, es que parte de las franquicias que generan esas millonarias cantidades, se han integrado a la vida económica de México,

⁴⁴ *Ibidem.* pág. 31.

⁴⁵ *Ibidem.* págs. 4 y 5.

lo que implica contratar y novar o extinguir acuerdos de voluntades obligando a mexicanos y extranjeros en esos convenios comerciales, ya sea entre sí, o frente a terceros y creando relaciones laborales muchas veces entre trabajadores de ambos países.

A pesar de todo lo anterior existen opiniones y estudios como el del Profesor Mauricio Jalife Daher, que advierten lo peligroso que puede ser en un momento dado, las cifras que como falsas califica el autor y agrega:

"Son muchos los factores que han incidido en que la buena reputación de que gozaban las franquicias en nuestro país, se esté convirtiendo en repudio generalizado. Una de ellas es la habilidad con que manejan las estadísticas a su favor. Por ejemplo, el reporte del número de franquicias que han cerrado, que es un dato básico de orientación para un nuevo comprador, siempre es manipulado para reflejar únicamente las que efectivamente han bajado la cortina, pero nunca se incluyen las que por su mal funcionamiento han cambiado de manos en diversas ocasiones.

"MacDonald's, por ejemplo, reporta un porcentaje que han cerrado de solo 3%, pero en ese grupo no se incluyen las que han vendido en situación desesperada, cuando el franquiciatario ha perdido prácticamente todo. Recientes estudios expuestos por Robert Purvin demuestran que el índice de fracasos en las franquicias es por lo menos equivalente al de nuevos negocios independientes."⁴⁶

Parte de las grandes falsedades de las franquicias están respaldadas por acreditados medios de divulgación, cuya propia existencia depende de la preservación en el mercado de las franquicias. La revista *Entrepreneur*, que se constituye como "la voz autorizada" en este mercado, publica anualmente "las 500 franquicias" más exitosas lo que suele otorgar a las listadas un aval de apetecibilidad que les representa ventas seguras.⁴⁷

⁴⁶ Jalife Daher, Mauricio. Comentarios a la Ley de Propiedad Industrial. Primera Edición. Editorial Mc Graw-Hill/interamericana Editores. México, 1998, págs. 286.

⁴⁷ Ídem.

Por otro lado, según datos de la Dirección de Marcas del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, indica que aproximadamente 35 franquicias mexicanas fueron retiradas del mercado entre 1993 y 1994, situación que no sucedió con las franquicias estadounidenses, las cuales se incrementaron de 94 a 108, en el mismo periodo.⁴⁸

Pese a las bajas citadas, se observa que de un modo u otro las franquicias continúan su desarrollo en México, con la consecuente oportunidad de creación y sostenimiento de empleos para los conacionales, entrada de divisas por la exportación de productos bienes y servicios, pago de impuestos, y generación de empleos directos, por todo las franquicias son un caldo de cultivo para situaciones jurídicas y económicas muy variadas e importantes.

Son importantes los datos de la Asociación Mexicana de Franquicias las cuales indican que al cierre de 1997, operaban 450 franquicias en cerca de 16 mil locales comerciales, con ventas estimadas en tres mil millones de dólares generando 156 mil empleos en México.⁴⁹

El Señor Francisco Aguilar España, Presidente de la Asociación Mexicana de Franquicias, comenta que en 1998 el crecimiento del sistema de franquicias fue aproximadamente del orden del 20% con respecto al año anterior, rebasando ya las 500 franquicias disponibles en México y empleando unas 20 mil personas, pronosticando para el año de 1999, un crecimiento del rango del 18% en atención a las condiciones económicas del país, lo cual seguramente se incrementará en el siglo XXI.⁵⁰

En efecto, las franquicias parecen no ser sólo una moda como se les ha calificado por algunos comentaristas de negocios, pues aparecen en escena como se ha visto, aproximadamente en el año 1850; y hoy en día sigue vigente ese ánimo

⁴⁸ Ibidem pág. 288.

⁴⁹ Cfr. Entrepreneur Op. Cit. pág 3.

⁵⁰ Idem.

contractual y de expansión de negocios a través de estos contratos, con una visión siempre convencida de crecimiento por parte de los sectores franquiciantes, que va desde las compañías más fuertes en México como los restaurantes Vips, McDonald's, por mencionar sólo algunas, invadiendo del mismo ánimo a empresas incipientes como "Tamales Tía Angélica" y muchas más.

De todo lo que se ha investigado en líneas anteriores se deduce que las franquicias son un rubro importante en la vida económica de los países en que operan, lo anterior es así, habida cuenta que generan muchos millones de dólares al año, en ellas laboran miles de trabajadores, los contratos que se firman a la sazón, generan también importantes cantidades de dinero, por tanto bien vale la pena otorgarles su justa medida en el campo económico de éste país y en consecuencia alcanzar una óptima legislación al respecto.

CAPÍTULO II

DESARROLLO DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO

2.1. CONCEPTO

Es difícil encontrar un concepto de franquicia, que reúna todas las características del contrato, dado que en la práctica los contratos pueden contener elementos diferentes unos de otros, esto es, pueden ser onerosos o gratuitos, pueden o no contener prestaciones referentes a transferencia de tecnología, avisos comerciales, entre otros elementos, de los que se puede prescindir validamente. En estas condiciones los conceptos que se expondrán a continuación, contienen los elementos esenciales que enmarcan la figura jurídica en cuestión.

En efecto, el Maestro Javier Arce Gargollo, señala al respecto que desde el punto de vista económico "La franquicia es un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquiciatario) se le concede -a cambio de una contraprestación- el derecho de comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo a ciertas condiciones y prácticas establecidas del franquiciante y con su asistencia."⁵¹

A su vez, Jean Guyenot conceptúa a la franquicia como: "La concesión de una marca de productos o servicios, a la que se añade la concesión del conjunto de medios propios para permitir a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y administrar la empresa en las mejores condiciones de rentabilidad para el mismo y para el concesionario."⁵²

El mismo autor propone la siguiente definición del contrato que se estudia en los siguientes términos:

⁵¹ Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. Editorial Porrúa S. A. de C. V. Cuarta Edición. México, 1997, pág. 321

⁵² *Ibidem*, pág. 324.

"El contrato de franquicia es aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho de distribuir ciertos productos o explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca(s) y nombre(s) comerciales, a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación."⁵³

Por otra parte, el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, ofrece el siguiente concepto que a la letra dice:

"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 o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue."

"Quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretende conceder, previamente a la celebración del contrato respectivo, la información relativa al estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de ésta ley."

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

En este mismo sentido, los autores Juan Dí Costanzo, Alejandra Vilalta y Donato Cárdenas, al estudiar el contrato de franquicia lo definen como: "...aquel en

⁵³ Arce Gargollo Javier. El Contrato de Franquicia. Cuarta Edición. Editorial Themis S. A. de C. V. México 1997, pág 39.

virtud del cual el franquiciante otorga al franquiciatario el derecho de usar su marca y/o nombre comercial y le transfiere su tecnología para la operación de un negocio, mediante el pago de regalías, apegándose estrictamente a los estándares de calidad y requisitos establecidos por el franquiciante.⁵⁴

A su modo, Osvaldo J. Marzorati sostiene que "El franchising desde mi punto de vista, Business Format Franchising (franquicia formato de negocios) es un método de desarrollo, que fomenta en forma muy especial el crecimiento de pequeños y medianos empresarios, quienes reproducen bajo contrato, el método operativo de una empresa exitosa para vender productos o prestar servicios bajo una marca ajena".⁵⁵

De la misma manera los hermanos Enrique, y Rodrigo González Calvillo, elaboran la siguiente definición: "La franquicia es 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..."⁵⁶

El Profesor Arturo Díaz Bravo, señala que "En su forma actual, la franquicia amerita un doble concepto:

***a) Material u operativo** En cuyos términos se trata de un sistema de distribución y comercialización conforme al cual un pequeño o mediano comerciante vende las mercaderías o servicios con la marca y empleo de los procedimientos que otro le proporciona y;

⁵⁴ Di Costanzo, Juan, Alejandra Vilalta, y Donato Cárdenas. Desarrollo de Sistemas de Franquicias. Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana Editores S. A. de C. V. Primera Edición. México, 1997, pág. 63

⁵⁵ González Calvillo, Enrique. Op. Cit. pág. 35.

⁵⁶ Op. Cit. pág. 23.

b) Jurídico Que suministra el art. 142 de la Ley de la Propiedad Industrial..."⁵⁷

El Maestro Óscar Vásquez del Mercado, conceptúa a la franquicia como sigue:

"Es un sistema de colaboración entre el productor de un bien o prestador de un servicio y un distribuidor, ambos con independencia uno del otro, pero vinculados por un contrato, en virtud del cual el primero permite al segundo la facultad de entrar en la cadena de distribución, con el derecho de disfrutar, bajo determinadas condiciones y cumplimiento de pago, de lo que comprende la llamada propiedad industrial. Además el franquiciante se obliga a dar al franquiciatario determinados bienes o servicios, en tanto este se obliga a seguir determinadas instrucciones de aquel."⁵⁸

Por otra parte, el Código Deontológico Europeo, cuya finalidad es la pretensión de instituir un código de buenas costumbres y conductas éticas entre los usuarios de las franquicias en Europa, fue elaborado por la EFF (European Franchise Federation) dicho organismo se constituyó el 22 de septiembre de 1972, a partir de esa fecha los países integrantes aceptan acatar dicho Código, comprometiéndose a no alterarlo ni modificarlo en forma alguna, éste Código Deontológico entró en vigor el 1 de enero de 1991.

En efecto, el citado Código Deontológico dispone que:

"La franquicia es un sistema de comercialización de productos, servicios, y/o tecnología, basado en una colaboración estrecha y continua legal y financieramente distintas e independientes, el franquiciador y sus franquiciados individuales, por el cual el franquiciador concede a sus franquiciados el derecho e impone la obligación de llevar un negocio de conformidad con el concepto del franquiciador.

"Este derecho faculta y obliga al franquiciado individual, a cambio de una contraprestación económica directa o indirecta, a utilizar el nombre comercial y/o

⁵⁷ Díaz Bravo, Arturo. Contratos Mercantiles. Editorial Oxford University Press Harla México S. A. de C. V. Sexta Edición, México, 1983, pág. 190

⁵⁸ Op. Cit. pág. 578.

servicios, Know-How, los métodos técnicos y de negocio, los procedimientos, y otros derechos de propiedad industrial y/o intelectual del franquiciador, apoyado en la prestación continua de asistencia comercial y técnica, dentro del marco y por la duración de un contrato de franquicia escrito, pactado entre las partes a tal efecto.⁵⁹

Como se observa el anterior concepto de franquicia, contiene muchos de los elementos identificados por la doctrina especializada mexicana, como es el hecho de la colaboración estrecha y continua entre los contratantes, la diferenciación legal y financiera de la empresa franquiciante o franquiciadora y la empresa franquiciataria o franquiciada, entre otros aspectos inherentes al contrato a estudio.

Desde un punto de vista particular, es de considerarse que ha de entenderse por franquicia al contrato mercantil por virtud del cual el franquiciante generalmente dueño de una o más marcas concede en forma onerosa* o gratuita a otra persona denominada franquiciatario el uso y explotación obligatoria de la marca o marcas motivo del negocio, siguiendo éste último las directrices y lineamientos operativos que deberá proporcionarle el franquiciante.

2.1.1. DENOMINACIÓN

No es fácil encontrar el origen de la palabra franquicia, ni a que se atribuye su aplicación original, pues como se verá en el presente estudio existen diferencias en los datos que proporcionan los autores consultados, sin embargo de la información recabada se advierte sólo la incertidumbre de su origen.

Se dice que la palabra franquicia es de origen francés, ya que deriva de franchisage (palabra francesa que significa franqueza), pero el término con el que se le denomina al contrato de franquicia es quizá una traducción incorrecta del vocablo

⁵⁹ Dirección Internet: <http://franquicia.net/pagina02.htm>

* La expresión onerosa deberá entenderse en oposición a gratuita, esto es; sin que represente pago alguno por parte del franquiciatario al franquiciante.

inglés franchise (que significa licencia del dueño de uso de marca, que permite que otra persona la explote también.⁶⁰

Ahora bien en el idioma español, la connotación propia de su significado no se ajusta a explicar por mucho el contenido moderno del contrato que se estudia. A partir de lo que el Diccionario de la Lengua Española explica, se tiene que deriva de: "(De franco) f. Libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercancías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de un servicio público."⁶¹

Asimismo, se dice que históricamente la palabra franquicia es sinónimo de privilegio.⁶²

En este sentido el maestro Javier Arce Gargollo cita la traducción del Diccionario Jurídico Inglés -español como sigue: "...franchise, privilegio, patente, concesión social, derecho de votar, franquicia del voto, porcentaje mínimo de responsabilidad del asegurado; y, en materia aduanera o fiscal, impuesto de privilegio o patente sobre concesión, derecho de licencia."⁶³

El mismo autor agrega que en el Black's Law Dictionary se define al contrato como sigue: "Franchise. En su sentido más llano, una franquicia es una licencia del propietario de una marca o un nombre comercial, mediante la cual permite que otro venda un producto o un servicio bajo ese nombre o marca.

"En un sentido más amplio, la franquicia se ha convertido en un contrato elaborado al amparo del cual la persona a favor de quien se otorga (franchise) se

⁶⁰ Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 36.

⁶¹ Real Academia Española. Décimotercera edición. Editorial Espasa-Calpe S. A. Madrid, 1956, pág. 636.

⁶² Cfr. Arce Gargollo Javier. Op. Cit. pág. 32.

⁶³ Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. Editorial Porrúa S. A. de C. V. Cuarta Edición. México, 1997, pág. 323.

compromete a manejar un negocio o vender un producto o servicio con apego a los métodos y procedimientos que establezca el otorgante (franchisor), y el otorgante se compromete a dar asistencia a la persona a favor de quien se otorga la franquicia a través de publicidad, promoción y otros servicios de asesoría."⁶⁴

Resultan interesantes los datos que se proporcionan en la página especializada de internet cuya publicación no menciona el nombre del autor, pese a ello se transcriben como sigue:

"El término franquicia ya era empleado en la Edad Media, haciendo referencia a las autorizaciones o privilegios que los soberanos otorgaban a favor de algún súbdito con relación a determinadas actividades comerciales, o también de pesca y explotación de recursos forestales. El origen de la palabra franquicia bien podría ser del francés franc que durante el medievo fue aplicado como anteriormente se ha expuesto; de hecho el primer documento que refleja la concesión de una franquicia está fechado en marzo de 1.232, y fue otorgado en la localidad francesa de Chambey.

"Con la llegada de la Edad Moderna perdemos la pista al término franquicia en Francia, de la que no tenemos constancia documental hasta ya entrado el siglo XXI, y ésta vez en los Estados Unidos de Norteamérica. En efecto, las necesidades de expansión de la industria del Norte, triunfante tras la guerra civil, lleva a los empresarios a buscar la colaboración de los comerciantes del Sur y Oeste. Reaparece pues el término franquicia, y ésta vez ya contiene la esencia que lo caracteriza hasta nuestros días, es decir la colaboración entre empresarios independientes para la obtención de un fin común."⁶⁵

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Dirección Internet: <http://franquicia.net/pagina02.htm>

NOTA: Éste autor considera que pese a la incertidumbre de los datos obtenidos de internet, constituyen bajo las debidas reservas datos interesantes respecto del origen de la palabra franquicia.

Por lo antes expuesto, se entiende que la palabra franquicia tiene un origen incierto, aplicado por los estadounidenses para nombrar al contrato que ellos mismos diseñaron, para resolver sus problemas de comercialización, y titular un nuevo método de negociar que resultó ser exitoso.

2.2. ELEMENTOS

En el contrato de franquicia concurren una serie de elementos indispensables para su existencia y validez. Entre los primeros se tienen al consentimiento y al objeto, manejados ambos como elementos de existencia del contrato en términos del artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal. Ahora bien, el consentimiento es la manifestación de la voluntad libre y espontánea que no deja lugar a dudas sobre el motivo determinante de la voluntad de los obligados para celebrar el contrato de franquicia.

Así se observa, que el artículo 2224 del Código Civil antes citado, sanciona con la nulidad absoluta o la inexistencia del acto jurídico, si en el mismo faltó la expresión del consentimiento o el objeto, en el contrato de franquicia única y exclusivamente puede exteriorizarse el consentimiento en forma expresa, esto es; tras la firma del contrato que literalmente contenga plasmados los derechos y obligaciones a que se sujetan las partes, pues para que el contrato de franquicia tenga validez contra terceros debe ser inscrito ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

Por otro lado, a los elementos del contrato de franquicia pueden dividirse en elementos formales, reales y personales. Un elemento de suma importancia es el formal, que según la ley para que surta efectos contra terceros, el contrato en comento debe ser inscrito ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial de conformidad con el artículo 136 de la LPI, por lo que necesariamente deberá otorgarse por escrito.

El contrato de franquicia, al igual que todos los contratos, requiere para su validez de la reunión de los elementos que cita el artículo 1795 del Código Civil el cual interpretado a contrario sensu establece lo siguiente:

"El contrato puede ser invalidado:

"I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

"II. Por vicios del consentimiento;

"III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

"IV. Porque el contrato no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

En este mismo sentido, el artículo 5° del Código de Comercio señala 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, tienen capacidad legal para ejercerlo". El mismo ordenamiento en su artículo 12 prohíbe el ejercicio del comercio por sí mismo a los corredores, a los quebrados que no hayan sido rehabilitados y los condenados por delitos contra la propiedad incluyendo en éstos la falsedad, peculado, cohecho y la concusión. Por tanto, las personas antes indicadas no podrán celebrar válidamente contratos de franquicia, por estar incapacitados legalmente para ejercer el comercio.

El artículo 1812 del Código Civil para el Distrito Federal, señala cuáles son los vicios del consentimiento al señalar que éste no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

Dada la importancia del objeto, en el estudio del contrato de franquicia se estudiará en un apartado especial.

La forma de expresar el consentimiento en el contrato de franquicia deberá ser por escrito, en términos del artículo 136 de la LPI, como ha quedado establecido en líneas anteriores, y deberá satisfacer a su vez, las exigencias referidas en los artículos 5 y 10 del reglamento de la LPI, de las cuales sólo se citan las más importantes a saber como son:

- I. El nombre, denominación o razón social, nacionalidad y domicilio del licenciante o franquiciante y licenciataria o franquiciante;
- II. La vigencia del convenio;
- III. Si el convenio reserva al licenciante, usuario autorizado o franquiciante la facultad de ejercer las acciones legales de protección del derecho de propiedad industrial materia del mismo;
- IV. Tratándose de licencia de uso de marca, los productos o servicios respecto de los cuales se concede la licencia, y
- V. Los demás datos que se soliciten en las formas oficiales.

Por lo anterior, se observa que los contratos de franquicia deben adecuarse a los ordenamientos comunes y mercantiles aplicables tanto para su existencia como para su validez.

2.2.1. ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos personales a saber que intervienen en el contrato de franquicia, son necesariamente comerciantes que han adquirido esa característica por adecuarse a los supuestos normativos del artículo 3° del Código de Comercio, el cual señala que se reputan comerciantes:

- "I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- "II. Las sociedades mercantiles constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- "III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio."

De esta manera tenemos que los comerciantes que contratan bajo el esquema de las franquicias deben tener capacidad legal para ello, observando únicamente lo dispuesto por los artículos 1798, 1799, 1800, 1801 y 1802 del Código Civil para el Distrito Federal, y que se refieren a la capacidad general, por lo que no se requiere calidad personal o capacidad especial para contratar, sólo se requiere no estar

impedido para ejercer actos de comercio como se ha planteado en apartados anteriores.

El Profesor Javier Arce Gargollo, hace importantes consideraciones con relación a la capacidad de las partes contratantes en el contrato de franquicia en los siguientes términos:

"Cuando las partes franquiciante y franquiciatario actúan por medio de representante, lo cual resulta necesario para las personas morales (representación orgánica), las facultades que requiere el representante son, en principio, las de actos de administración conforme a la clasificación general para los actos de carácter patrimonial (dominio, administración, pleitos y cobranzas) que previene el artículo 2554 del C. c. Los órganos sociales tienen, por su nombramiento, facultades para realizar el fin social, esto incluye las de administración, propias para celebrar la franquicia. En una sociedad anónima, pueden celebrar el contrato de franquicia en consejo de administración (como un acto de cuerpo colegiado), el administrador único, el gerente (o director) general y los apoderados generales para actos de administración.

"Es posible en una sociedad que por estatutos se limite la facultad de celebrar u otorgar franquicias a determinado órgano social. Por ejemplo, como la facultad exclusiva de la asamblea extraordinaria de accionistas; de la asamblea ordinaria; del consejo de administración; o de un comité directivo creado para dicho efecto; o al establecer en estatutos, quórum de votación más elevados para aprobar la resolución del órgano que autoriza la contratación de la franquicia.

"Cuando las partes contratantes son personas morales, ya sea franquiciante o franquiciatario, en mi opinión no es necesario que expresamente se contemple en el fin (objeto) social la actividad concreta de otorgar o de adquirir franquicias, pues basta con el enunciado general, común en la redacción concreta del fin social, de que podrá celebrar actos jurídicos necesarios para conseguir el fin social."⁶⁶

⁶⁶ El Contrato de Franquicia. Cuarta Edición. Editorial Themis S. A. de C. V. México 1997, págs. 44-45.

Desde un punto de vista particular, algunos contratos de franquicia sí requieren una determinada calidad personal en los franquiciatarios, como es el caso de las franquicias otorgadas por Ópticas Devlyn, pues los derechos de explotación de esa marca sólo se transmiten a Médicos oftalmólogos titulados, que hayan acreditado diversos exámenes a satisfacción de la empresa, para medir sus conocimientos en la materia, lo cual muestra la complejidad del contrato de franquicia, el cual puede aparentar en un momento dado, no exigir calidad personal alguna en el prospecto a franquiciatario, lo cual no es totalmente cierto.

2.2.1.1. EL FRANQUICIANTE

El franquiciante es aquel elemento personal propio del contrato de franquicia, que es el titular de la propiedad industrial del negocio original, cuyo objeto es susceptible de ser transmitido a terceros para su explotación, permitiendo para ese fin; la utilización con cierta exclusividad de sus licencias de uso de marcas, nombres comerciales, avisos, mediante la transmisión de sus conocimientos técnicos, supervisión y asesoría.

Pocos son los autores que han incursionado en la tarea de definir conceptualmente a cada una de las partes que celebran los contratos de franquicias, no obstante, Juan Dí Costanzo y coautores señalan que el franquiciante "...es el propietario de una marca y tecnología de comercialización de un bien o servicio, que mediante un contrato de franquicia, otorga a otra persona la posibilidad de uso, comprometiéndose además a proporcionar asistencia técnica y administrativa al nuevo negocio"⁶⁷

El Profesor Óscar Vásquez del Mercado, define al franquiciante como: "...el titular de ciertos derechos de explotación exclusiva llamados de propiedad industrial, como son el nombre comercial, aviso comercial, marca, patente, dibujo y modelo industrial que identifican a su vez su sistema."⁶⁸

⁶⁷ Dí Costanzo, Juan y coautores. Op. Cit.pág. 5.

⁶⁸ Vásquez del Mercado, Óscar. Op. Cit. pág 581.

El Profesor Javier Arce Gargollo enseña que: "El franquiciante concede al franquiciatario el derecho a usar una marca y a explotar una negociación mercantil en uno o varios establecimientos."⁶⁹

Así pues, tenemos que el franquiciante es la persona ya sea física o moral, que comúnmente da origen al negocio, que lo ve nacer, y tras una elaborada sistematización y disciplina en el manejo práctico, comercial y en la administración del negocio, lo lleva al éxito, así el franquiciante es quien transmite a otra persona interesada en explotar su propiedad industrial mediante el contrato de franquicia, un negocio ya explorado y de reconocido éxito en el ámbito comercial, estableciendo una estrecha y constante relación con su contraparte llamado franquiciatario.

No se debe olvidar que en ocasiones el franquiciante ha inventado, diseñado o perfeccionado su propia maquinaria, o los implementos técnicos para la elaboración de sus productos o un proceso o disciplina para la prestación de sus servicios, por lo que es titular no nada más de la marca a franquiciar, sino de una o más patentes de invención, lo cual hace más estrecha la relación entre las partes a lo largo de la vida del contrato de franquicia, pues debe entonces prestar la asistencia y el apoyo necesarios al franquiciatario para el manejo de la maquinaria.

El franquiciante recibe a cambio de lo anterior una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación del negocio (regalías) más un pago inicial por la transmisión de derechos.

Válidamente se puede señalar que el franquiciante es la persona más importante en el contrato que se estudia, en atención a que la franquicia parte del presupuesto lógico de una negociación preexistente, del éxito de su operación y de su reconocimiento en el público consumidor. A partir de tal negocio y de las perspectivas de crecimiento se podrán transmitir los derechos de operar el mismo negocio con las

⁶⁹ Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. Editorial Porrúa S. A. de C. V. Cuarta Edición. México, 1997, pág 324.

mismas condiciones de venta o servicio, a diferentes personas en diversos territorios exclusivos, Esto es la esencia de las franquicias.

2.2.1.2. EL FRANQUICIATARIO

El franquiciatario.- es aquel elemento personal, que tiene a su cargo el disfrute de los derechos que el franquiciante le transmite como el uso de su licencia de marca, o nombre y/o aviso comercial, incluyendo conocimientos, asesoría y apoyos técnicos, recibiendo a cambio los beneficios de especular con un negocio ya probado, con la consecuente reducción del riesgo inicial, ofreciendo al público consumidor una garantía de acuerdo a especificaciones.

Se puede afirmar que el franquiciatario es tan sólo un inversionista que en la proporción guardada "arriesga" capital y atención al negocio objeto de la franquicia ya que el sistema de operación y manejo práctico del negocio le es transmitido en forma de manuales y asistencia técnica junto con la firma del contrato de franquicia.

Además, el franquiciatario esta sujeto a la vigilancia de su contabilidad por parte del franquiciante, y es éste último, quien aprueba y verifica la publicidad que del negocio esta obligado a hacer el franquiciatario, por ello, se vuelve un simple inversionista cuyo fin es el de expandir el negocio franquiciado, en la medida que no aporta nada al negocio, pues debe producir bienes o prestar servicios en las mismas condiciones que el franquiciante y bajo sus métodos operativos, de administración, vigilancia y supervisión constantes.

A su vez, Juan Dí Costanzo y coautores, afirman que "...el franquiciatario es quien paga al franquiciante una determinada cantidad de dinero para que se le otorgue la explotación y uso de la marca, además del apoyo administrativo y operativo para que el negocio funcione correctamente."⁷⁰

⁷⁰ Dí Costanzo, Juan y coautores. Op. Cit. pág.5.

El Profesor Javier Arce Gargollo, señala que el franquiciatario "...es aquella persona que realiza una inversión en un negocio probado, es decir, recibe tecnología para desarrollar una negociación o vender productos o servicios amparados por marca, nombre comercial y con cierto arraigo en un mercado. Representa para el franquiciatario una inversión con resultados económicos más seguros que en un negocio nuevo."⁷¹

Resulta de gran interés la opinión de Los hermanos Enrique y Rodrigo González Calvillo, respecto del perfil psicológico del franquiciatario, explicando lo siguiente:

"El franquiciatario llega a un escenario ya establecido y por ello tiene que estar dispuesto a trabajar de acuerdo con patrones y normas operativas preestablecidas. El franquiciatario no debe estar dispuesto a crear sino a seguir un patrón previamente desarrollado por el franquiciante. En este escenario, y por más que los patrones sean los adecuados, tenemos que un individuo extremadamente creativo viviría frustrado, ya que, de una u otra forma, lo que rodea al franquiciatario ya está resuelto, diseñado y dispuesto por el franquiciante."⁷²

2.2.1.3. ELEMENTOS OBJETIVOS

(GIROS COMERCIALES QUE PUEDEN SER OBJETO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA)

En la actualidad se ven franquicias en casi todo género de negocios, mismos que van desde hospitales pasando por restaurantes de diversos tipos de comida, y todo tipo de servicios como los de limpieza de oficinas, lavanderías, entre otros más, sin que pasen inadvertidos diversos negocios que en México no existían, que no fueron aceptados en el gusto de los mexicanos y que cerraron sus puertas como la

⁷¹ El Contrato de Franquicia. Cuarta Edición. Editorial Themis S. A. de C. V. México 1997 pág 68.

⁷² Op. Cit. pág. 135.

tiendas de sándwichs "Subway", o negocios que simplemente no lograron consolidarse como "Alphagraphics" negocio de imprentas.

A su vez, los hermanos Enrique y Rodrigo González Calvillo, comentan que: "...en la vida real, no todo negocio es franquiciable. En todo caso lo que nos ha parecido interesantísimo es la inquietud con lo que los empresarios están optando por crecer a través del desarrollo de una franquicia, y es que, en el mejor de los casos, logran su expansión aquellos que sepan tomar ventaja de las tecnologías y los métodos de hacer negocios vigentes en la actualidad."⁷³

A su vez, el maestro Arturo Díaz Bravo, comenta que: "...tampoco está por demás saber que, independientemente de la posibilidad de operar mediante este sistema importantes servicios financieros, como la banca y el seguro, empresas estadounidenses y europeas vienen ofreciendo franquicias sobre las siguientes actividades:

"Servicios de contabilidad, agricultura, galerías de arte, centros de diagnóstico automovilístico, alquiler y arrendamiento financiero de vehículos automotores, salones de belleza, diseños y construcciones de todo tipo, zonas para acampar, productos químicos, para fumigación y mantenimiento, máquinas dispensadoras de bebidas y alimentos, clubes de gimnasia, moteles, servicios de impresión y fotocopiado, publicidad escuelas de instrucción y actividades manuales, agencias de viajes, sistemas de acondicionamiento de agua etc."⁷⁴

Por su parte, el maestro Javier Arce Gargollo al respecto señala: " El número de negocios que utiliza el método de franquicia para la comercialización y distribución de bienes y servicios es muy amplio, y cada día surgen nuevas ideas de negocios que utilizan a la franquicia para expandirse."⁷⁵

⁷³ *Ibidem*, pág. 68.

⁷⁴ *Op. Cit.* pág. 188.

⁷⁵ *Op. Cit.* pág. 6.

En este sentido, el autor norteamericano Steven S. Raab, indica que durante los últimos treinta años, las franquicias han ido mucho más allá de las hamburguesas y las transmisiones automáticas y abarcan ahora todo producto y sistema imaginable.⁷⁶

Así se puede afirmar que las franquicias están presentes en todo tipo de negocios con la salvedad de los que están reservados exclusivamente para su explotación por parte de los gobiernos local o federal, como es el caso de la prestación del suministro eléctrico, servicio postal y petroquímica básica, entre otros sectores de la economía, sin embargo, también es el caso, que en México existen también negocios cuya explotación está en manos de particulares, que por disposición legal expresa no pueden ser motivo de franquicias dada su propia y especial regulación como lo es la banca comercial y la telefonía convencional.

2.3. OBJETO

Conforme a la doctrina, el objeto del contrato de franquicia puede ser directo y consistente en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, y el objeto indirecto es la cosa que se debe dar, hacer, no hacer o entregar.

En éste sentido, el Maestro Rafael Rojina Villegas anota que: "Desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, el objeto directo es la conducta de deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta."⁷⁷

⁷⁶ Cfr. S. Raab, Steven. Op. Cit. pág. 34.

⁷⁷ Compendio de Derecho Civil. Decimoctava Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1993, pág. 61.

De esta manera se observa que el Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 1825, 1827, y 1831, establece entre otras cosas que el objeto del contrato debe:

- a).- Existir en la naturaleza;
- b).- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;
- c).- Estar en el comercio;
- d).- El fin o motivo determinante debe ser posible y lícito y realizarse de acuerdo a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.

El objeto del contrato se convierte así, en un requisito de existencia que deben contener los acuerdos de voluntades de acuerdo con la Ley. Esta postura encuentra fundamento en la legislación civil, que señala en su artículo 1824 que son objeto de los contratos, la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

En este sentido, los contratos de franquicias no deben apartarse sin excepción alguna del contenido de los artículos que la legislación civil guarda para todo tipo de convenciones, y deben ser satisfechos todos y cada uno de los anteriores requisitos para su celebración, sin perjuicio de la aplicación de la legislación mercantil especializada.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1824 del Código Civil, "Son objeto de los contratos:

- " I. La cosa que el obligado debe dar;
- "II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Así se tiene que el objeto en el contrato de franquicia está dado por la creación de la obligación por parte del franquiciante de transmitir el derecho al uso y explotación de la marca al franquiciatario.

El franquiciante deberá observar una conducta previa a la celebración del contrato, ya que deberá acreditar el estado que guarda su negocio, eventualmente también será materia de esa transmisión los nombres y/o avisos comerciales si los hay, así como las patentes que formen parte del negocio franquiciado.

De este modo, el franquiciante deberá observar una segunda conducta posterior a la celebración del contrato como es el suministro de conocimientos y asistencia técnicas e información relativa al estado que guarda la empresa motivo de la franquicia, de acuerdo al artículo 142 de la LFPP, creando correlativamente la obligación por parte del franquiciatario de pagar un precio por esa transmisión.

2.3.1. OBJETO MATERIAL

El objeto material en el contrato de franquicia, formalmente no existe como tal, pues en el contrato que se estudia, el objeto está dado por la transmisión de derechos de explotación sobre el del uso de la marca principalmente, nombre o avisos comerciales que no son cosas tangibles, sino más bien derechos de uso. Por otro lado, se suma la conducta del franquiciante, de dar asesoría técnica y administrativa al franquiciatario, conductas que son objeto del contrato pero tampoco son materiales.

Se debe anotar que el objeto material del contrato de franquicia sólo se puede apreciar eventualmente y no en todos los casos, pues sólo en los contratos en los que las partes pactan que el franquiciatario debe producir los bienes o prestar los servicios utilizando específicamente la maquinaria patentada, o los insumos que exclusivamente puede transmitir el propio franquiciante, quien es titular de la patente, o productor de los insumos, a cuyo efecto, tal maquinaria constituirá el objeto material del contrato de ese tipo de franquicias, ya que habrá obligación de las partes en transmitir el uso, propiedad o suministro de la maquinaria patentada o los insumos específicamente, producidos o distribuidos por el franquiciante.

Se debe distinguir dos momentos en la transmisión de una patente que forme parte del contrato de franquicia, y el primero se da cuando se transmite el uso de la

patente en sí y el franquiciatario podrá utilizar y explotar los inventos patentados sin más restricción que la legal o la convencional. Otro momento se da cuando se transmite sólo el objeto en sí, la maquinaria o insumos individualizados en el contrato, siendo éstos últimos los que fuesen propiamente el objeto material del contrato de franquicia.

2.3.1.1. MARCAS

Las marcas son el punto toral en los contratos de franquicias, cuyo elemento preexistente supone el respaldo de una negociación, basada en bienes o servicios reconocidos por el público consumidor. Por lo tanto, resulta necesario conocer el significado de la palabra marca y su acepción jurídica.

El Profesor Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho, explica que las marcas son: "Signo o medio material de cualquier clase adoptado para señalar y distinguir de sus similares determinados productos o servicios.// Signo distintivo de los artículos fabricados o vendidos, o servicios suministrados, por una empresa cuyo uso exclusivo se obtiene mediante su registro en la Secretaría de Industria y Comercio."⁷⁸

Actualmente el artículo 88 de la L.P.I., expresa que: "Se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado",

El profesor David Rangel Medina, por su parte, define a la marca como "...el signo de que se valen los industriales, comerciantes y prestadores de servicios para diferenciar sus mercancías o servicios de los de sus competidores"⁷⁹

Otra definición, que añade nuevos elementos dignos de ser apuntados, es la del Maestro G. David Góngora Pimentel, al decir que: "...Las marcas son los signos

⁷⁸ Diccionario de Derecho. Séptima Edición, Editorial Porrúa S. A. de C.V. Reimpresión 1996. México, 1996, pág. 366

⁷⁹ Jalife Daher, Mauricio. Op. Cit. pág. 87.

utilizados por los industriales fabricantes o prestadores de servicios, en las mercancías o establecimientos objeto de su actividad o en aquellos medios capaces de presentarlos gráficamente, para distinguirlos, singularizarlos, individualizarlos; denotar su procedencia y calidad, en su caso, de otros idénticos o de su misma clase o especie."⁸⁰

De la definición anterior el Maestro M. Jalife Daher comenta: "Cabe destacar de esta definición la inclusión que se hace de la marca como signo que puede estar destinado a distinguir establecimientos, que es la tendencia más moderna, en la materia, en reconocimiento que a las marcas de servicio no agotan el espectro de posibilidades, y que las marcas, más que distinguir propiamente servicios, distinguen los establecimientos en que se prestan."⁸¹

En Francia, Yves Saint-Gal, sostiene que en el plano jurídico la marca puede ser conceptuada como: "Un signo distintivo que permite a su titular (fabricante ó comerciante) distinguir sus productos (o servicios) de los de su competencia. La marca es pues un signo de adhesión de la clientela."⁸²

En el contexto de las franquicias, se puede decir válidamente que las marcas son el sustento del contrato, lo anterior es así, ya que una marca puede subsistir sin la franquicia, sin embargo, una franquicia no puede subsistir sin la marca cuyo objeto de explotación le da vida.

El artículo 87 de la LPI menciona que: "Los industriales, comerciantes o prestadores de servicios podrán hacer uso de marcas en la industria, en el comercio o los servicios que presten. Sin embargo, el derecho a su uso exclusivo se obtiene mediante registro en el Instituto."

⁸⁰ Ibidem, pág. 86.

⁸¹ Ibidem, pág. 87.

⁸² Nava Negrete, Justo. Derecho de las Marcas. Editorial Porrúa S. A. Primera Edición. México 1985, pág. 143.

Este anterior precepto, guarda relación con las franquicias y el Profesor Mauricio Halife Daher explica que: "...al obtenerse el registro, quien emplea la marca recibe el reconocimiento oficial de que la marca no invade derechos previamente adquiridos por terceros, y de que se trata de una marca registrable, cuyo uso no provoca la comisión de una falta administrativa o de un delito. De hecho, el registro de la marca permite el titular instrumentar el otorgamiento de licencias o franquicias a terceros, de manera gratuita o mediante la percepción de regalías por su utilización, lo que representa la ventaja adicional."⁸³

Lo anterior se robustece en el momento en que la LPI en su artículo 142 expresamente indica que existirá la franquicia cuando con la licencia de uso de una marca, se transmitan además, otros elementos propios del franquiciante, por lo que necesariamente la marca objeto de la franquicia, deberá estar registrada a efecto de estar en aptitud legal de transferir el uso de los derechos inherentes a la marca.

Una explicación que resulta muy acertada es la que proporciona la revista "expansión" con respecto a las marcas y su efecto psicológico en la clientela; "Casi cualquier marca representa una promesa de calidad, servicio y precio. Por ello, cuando el consumidor ve un nombre conocido ya tiene un punto de referencia, no compra a ciegas, a pesar de que la fama no garantiza nada en absoluto. Así, lo que hacen las franquicias es explotar el significado de una marca con el fin de eliminar las objeciones que el cliente tuviera ante otra desconocida, en la que todo es arriesgado e indefinido."⁸⁴

En éste contexto, es importante lo que señala el Profesor Javier Arce Gargollo en los siguientes términos: "El contrato de franquicia deberá incluir las marcas de productos y servicios que serán materia de autorización por parte del licenciante, con la especificación del número de registro de la marca, el signo distintivo que constituye la marca y los productos o servicios que ampara. Es usual que en un contrato de

⁸³ Jalife Daher, Mauricio. Op. Cit. Págs. 83-84.

⁸⁴ Mustarós Antonio. Revista Expansión. Número 756. Volumen XXIX. Editor Javier Martínez Staines. México, diciembre 16, 1996, pág 83.

franquicia se incluyan estos elementos: identificación genérica, número de registro, dibujos de las marcas con sus especiales diseños. Nada impide incluir marcas no registradas, que técnicamente no son marcas, pero que pueden estar en proceso de registro."⁸⁵

En este orden de ideas, las marcas constituyen la esencia y sustento del contrato de franquicia, de tal suerte que se vuelve un presupuesto para la existencia del contrato pudiendo existir la marca sin el contrato de franquicia pero no el contrato de franquicia sin marca, de este modo podemos pensar que exista en la práctica un contrato de franquicia que no necesariamente conlleve el uso de nombres o avisos comerciales, así como también puede prescindir de las patentes, pero no puede prescindir de la transmisión de siquiera una marca para que se formalice el contrato de franquicia.

2.3.1.2. PATENTES

Como se ha aclarado en apartados anteriores, las patentes no son un elemento esencial de las franquicias, pues pueden celebrarse los contratos sin ese factor de orden industrial. Las patentes de invención son definidas por la Real Academia Española exponiendo: "Patente. (Del lat. patens, -entis, p.a. de patère, estar descubierto manifiesto.)...de invención. Documento en que oficialmente se otorga un privilegio de invención y propiedad industrial de lo que el documento acredita..."⁸⁶

El Maestro Rafael de Pina, explica que la patente es una "Autorización expedida por la autoridad competente para el ejercicio de alguna actividad o función, hecha constar en documento auténtico. // También se denomina así al derecho de explotar en forma exclusiva un invento o sus mejoras, o un modelo o dibujo industrial. Asimismo recibe el nombre de patente el documento expedido por el Estado, en el que se reconoce y confiere tal derecho de exclusividad."⁸⁷

⁸⁵ Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 45.

⁸⁶ Op. Cit. pág. 990.

⁸⁷ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. pág. 299

También se dice que las patentes son el "...privilegio que otorga el Estado para explotar una invención nueva, susceptible de aplicación industrial..."⁸⁸

"Se han definido las patentes como el privilegio legal concedido por el Gobierno a los inventores y a otras personas que deriven sus derechos del inventor, durante un plazo fijo, para impedir que otras personas produzcan, utilicen o vendan un producto patentado, o empleen un método o procedimiento patentado..."⁸⁹

En este orden de ideas, el artículo 9º de la Ley de la Propiedad Industrial, dispone que "La persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento..."

De la lectura del artículo anteriormente transcrito, se desprende que la idea fundamental del significado de las patentes, es el derecho exclusivo que la ley reconoce al inventor o su causahabiente de explotar en su provecho su invento.

La misma Ley en su artículo 15 señala que: "Se considera invención toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas.

En tratándose de las franquicias, cabe anotar que las patentes no son necesariamente objeto del contrato, sino que sólo se da en aquellos casos en que el franquiciante, en la explotación del negocio objeto de la franquicia, tiene el proceso de fabricación, manufactura o el producto correspondiente, protegiendo algún instrumento de producción mediante una o varias patentes, que requieren de que se autorice el uso para los franquiciatarios. Cuando el contrato de franquicia incluye la autorización de explotación de una o varias patentes, éstas deben indicarse en el contrato con su

⁸⁸ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 46.

⁸⁹ Ídem. definición de las Naciones Unidas citada por Alvarez Soberanis, citada por Javier Arce Gargollo. Op. Cit. pág. 46.

número, fecha de expiración y el o los inventos, Generalmente esta descripción se agrega a un anexo.⁹⁰

Las patentes de invención, aunque son un elemento accidental en los contratos de franquicias, en una opinión personal, son elementos importantísimos en los contratos que tengan relación con las mismas, pues involucran derechos especiales que amparan los inventos a favor del titular, quien ha invertido recursos materiales y personales para crear, adaptar o mejorar la tecnología en aras del óptimo desempeño del negocio, lo cual refleja un desarrollo para el país de que se trate, y una ventaja económica en su utilización por parte del franquiciatario, pues dicha tecnología es creada o mejorada la mayor de las veces ex profeso para la negociación.

2.3.1.3. NOMBRES COMERCIALES

Los nombres comerciales, pueden ser parte del contrato de franquicia se constituyen por el vocablo con el que se conoce al comerciante publicamente entre su clientela, éste es un tema del que el Profesor R. Mantilla Molina explica:

"En derecho mejicano el nombre comercial es el nombre de un establecimiento o de una negociación mercantil, no el nombre de un comerciante; no el nombre de una cosa, no el nombre de una persona. El nombre comercial en ocasiones es de pura fantasía(v. gr.: La Sirena; en otras laude claramente al tráfico de la negociación (v. gr.: La Gran Sedería, El Libro Mayor); sin que sea raro que incluya el apellido, o quizá el nombre propio o el apodo, del propietario..."⁹¹

Por su parte el Maestro Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho indica: al respecto cometa: "NOMBRE COMERCIAL. Designación correspondiente a una empresa o a un establecimiento mercantil..."⁹²

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa S. A. Vigésima Octava Edición, México, 1992, pág. 132.

⁹² De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. pág. 133.

Por su parte el Legislador en materia comercial, se refiere a los nombres comerciales en el artículo 105 de la LPI, de la siguiente forma: "El nombre comercial de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios y el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos, sin necesidad de registro. La protección abarcará la zona geográfica de la clientela efectiva de la empresa o establecimiento al que se aplique el nombre comercial y se extenderá a toda la República si existe difusión masiva y constante en el ámbito nacional del mismo."

Como se aprecia, la ley no explica ni define qué se debe entender por nombres comerciales empero, la doctrina indica que se trata de un signo distintivo que los comerciantes utilizan para diferenciar sus locales o establecimientos comerciales de otros, los cuales tienen la ventaja de obtener su protección legal desde el momento mismo de su empleo, pero se debe acreditar el uso constante y permanente así como acreditarlo en extremo so pena de perder la protección legal derivada del artículo en comento.

El Profesor Mauricio Jalife Daher, agrega: "...la protección al nombre comercial se manifiesta como una reminiscencia de los primeros regímenes tutelares de los signos distintivos, que sin duda identificaban en la operación de una negociación mercantil la conveniencia y necesidad de impedir que dentro de la misma zona geográfica pudiesen operar otros establecimientos con nombres iguales o confundibles."⁹³

"En el contrato de franquicia el nombre comercial va generalmente ligado al uso de las marcas y complementa a éstas"⁹⁴

Así se tiene que en tratándose de franquicias, cuyo objeto de explotación requiera el uso de nombres comerciales, éstos pasarán a ser derecho de uso y explotación por parte del franquiciatario, salvo disposición contractual expresa en contrario.

⁹³ Op. Cit. pág. 231.

⁹⁴ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. Pág 46.

2.3.1.4. AVISOS COMERCIALES

Los avisos comerciales que eventualmente aparecen en los contratos de franquicias, son un elemento accidental en su contenido, es de anotarse que Ley de Propiedad Industrial en vigor no ofrece concepto alguno o definición legal de los mismos, y en ese sentido existe una vasta información en la doctrina como la que expresa el Profesor Rafael de Pina al explicar que los comunmente llamados avisos comerciales son:

"... La combinación de letras, dibujos o de cualquier otro elemento que tenga señaladas originalidad y sirvan para distinguir fácilmente a una empresa o determinados productos de los demás de su especie. Toda persona que para anunciar al público un comercio, una negociación determinados productos haga uso de avisos que tengan señalada originalidad que los distinga fácilmente de los de su especie, puede adquirir el derecho exclusivo de seguirlos usando y de impedir que otros hagan uso de avisos iguales o semejantes, al grado que los confundan en su conjunto..."⁹⁵

Por su parte el Tratadista Roberto L. Mantilla Molina, señala que: "...los avisos comerciales, cuando tienen alguna originalidad, algo característico, reciben la protección dada a la propiedad industrial..."⁹⁶

Es de resaltar que la LPI en vigor, señala como legislación supletoria en lo aplicable los avisos comerciales, lo dispuesto en la propia ley para las marcas, pues el artículo 104 dispone: "Los avisos comerciales se registrarán, en lo que no haya disposición especial, por lo establecido en esta ley para las marcas." Generalmente resulta que en la celebración de los contratos de franquicias, según las necesidades o costumbres comerciales del franquiciante suele hacer uso de uno o varios avisos comerciales, los cuales está obligado el franquiciatario a hacer uso adecuado de ellos a efecto de llevar una publicidad uniforme y acorde a la del

⁹⁵ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. pág. 101.

⁹⁶ Mantilla Molina, Roberto L. Op. Cit. pág. 114.

franquiciante, pues es de resaltar que la publicidad es un elemento indispensable en la vida de los comerciantes, que se vuelve obligatoria en los contratos de franquicias.

Tal obligatoriedad encuentra su fundamento en la redacción del primer párrafo del artículo 142 de la Ley de la materia, en atención a que en esencia establece que a la persona a quien se le transmiten el uso de una marca, conocimientos y asistencia técnica, para que pueda producir bienes, o prestar servicios con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, **debe conservar entre otras cosas el prestigio y la imagen de los productos o servicios materia del contrato.**

Si se toma en consideración que los avisos comerciales tienen efectos meramente publicitarios, el franquiciatario al estar obligado a mantener el prestigio e imagen de los productos o servicios está obligado por ende a mantener la publicidad con los mismos avisos comerciales que usa el franquiciante.

2.3.1.5. TECNOLOGÍA

La tecnología se señala como un elemento real, a lado de las patentes y las marcas. La tecnología es un elemento accidental en los contratos de franquicias, dado que existen negocios franquiciables exentos de la utilización de la misma, tales como las agencias de telefonía entre otros, sin embargo, hay negocios en los que su presencia es elemental para el desarrollo del negocio, como lo son los talleres mecánicos, gasolineras, hospitales entre muchas negociaciones.

En este sentido, "La tecnología propia para la explotación de una empresa de productos o servicios o para distribución de mercancía, constituye uno de los elementos reales preponderantes del contrato de franquicia. El concepto de tecnología es muy amplio e incluye una gran variedad de conocimientos de muy diversa índole que deben concretarse para esta figura..."⁹⁷

⁹⁷ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 47.

En efecto la tecnología de este contrato a saber, debe estar referida específicamente al objeto de producción o prestación materia del negocio a contratar, por lo que se debe especificar en el contrato inicial, el contenido exacto de la infraestructura tecnológica, que como prestación debe proporcionar el franquiciante.

Jurídicamente, la tecnología es el "...conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro."⁹⁸

En su capítulo de definiciones el profesor Óscar Vásquez del Mercado, señala: "Tecnología: Sistema y procedimientos de operación en los negocios franquiciados."⁹⁹

El mismo autor agrega con relación a la tecnología que los manuales son la compilación básica de métodos, sistemas de operación y tecnología desarrollada por el franquiciante, los cuales son confidenciales y constituyen secretos industriales en términos del artículo 82 de la LPI.¹⁰⁰

En la abrogada Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, conocida por sus siglas LRTT, en su artículo 2º se señalaban los supuestos de transferencia de tecnología incluyendo:

- "I) La licencia del uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales;
- II) La transmisión de conocimientos técnicos que pueden ser: mediante planos, diagramas, modelos, instructivos, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal y otras modalidades;
- III) la asistencia técnica en cualquier forma que esta se preste."

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Vásquez del Mercado, Óscar. Op. Cit. pág. 581.

¹⁰⁰ Cfr. Ídem.

Aunque este precepto no pasó en su redacción a la actual LPI, sí otorga una idea clara de los rubros que encuadrar dentro de la tecnología.

Resulta de vital importancia para los contratos de franquicia que necesariamente conlleven la transferencia de tecnología, dada la naturaleza de su giro comercial o de producción de bienes o prestación de servicios, para que el franquiciatario utilice la misma tecnología del franquiciante, a efecto de que esté en aptitud de ofrecer sus servicios o productos con la misma calidad que él, pues el objeto de la franquicia es ofrecer bienes o servicios, con las mismas características cualitativas y cuantitativas que el creador del negocio original.

2.3.1.6. ASESORÍA

La asesoría en el contrato de franquicia se refiere al conjunto de conocimientos técnicos que posee el franquiciante, ya sea por investigaciones, o por la experiencia, que le otorgan la pericia y dominio en el desarrollo y manejo del negocio a saber, transmitidos al franquiciatario en función del contrato en cuestión.

Usualmente a esa serie de conocimientos técnicos, se les conoce como "Know-how" abreviatura de "Know how to do it" que significa saber como hacerlo.

Así que tal y como dispone el artículo 142 de la LPI, el franquiciante está obligado a proporcionar todos aquellos conocimientos técnicos, encaminados al óptimo desempeño del objeto del negocio, y es a su vez un derecho correlativo a favor del franquiciante el obtener esos conocimientos para garantizar el éxito del negocio en que ha invertido sus recursos.

Con un programa de soporte establecido, el franquiciante debe visitar la tienda para sostener pláticas con los supervisores y con el franquiciatario mismo, a fin de hacer ajustes en el funcionamiento y operación de la empresa, para posteriormente, asesorarlo a efecto de que establezca relaciones fructíferas con los proveedores.

Asimismo, deberá auxiliario en la preparación de sus estados financieros, en la estimación de sus pagos por regalías, cálculo de nóminas, gastos para los sistemas de capacitación, así como en los detalles operativos de la empresa, para que ésta alcance el óptimo desarrollo.¹⁰¹

Por su parte el Profesor Javier Arce Gargollo a este respecto señala que: "El know-how (en francés savoir faire) aparecerá siempre como materia del contrato de franquicia, aunque su alcance y definición específica sea muy vago. Incluye una buena parte de información generalmente secreta, y puede variar durante la vigencia del contrato, y el franquiciante hará saber al franquiciatario los cambios y actualidad de los conocimientos desarrollados, para el mejor modo de explotar el negocio. Un concepto tan amplio como el know how, así como la variedad de medios para su transmisión, debe especificarse en términos generales en el contrato y remitir los detalles a manuales, instructivos, diseños y otra clase de información..."¹⁰²

A su vez el autor argentino Guillermo Cabanellas de las Cuevas, señala que "Know-How se define como el conjunto de invenciones, procesos, fórmulas o diseños no patentados, o no patentables, que incluyen la habilidad o la experiencia técnica acumulada, la que puede ser transmitida preferente o exclusivamente a través de servicios personales."¹⁰³

Oswaldo Marzorati considera que: "La transferencia del know how es de importancia central en el contrato de franquicia. De hecho ha sido considerado como un componente esencial del contrato, sin el cual no hay contrato de franquicia."¹⁰⁴

Al respecto el Profesor M. Halife Daher, señala: "En relación con el llamado Know How, cabe también hacer la distinción de que no toda la información de este tipo

¹⁰¹ Cfr. Dí Costanzo, Juan y Coautores. Op. Cit. pág. 124.

¹⁰² Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 48

¹⁰³ Régimen Jurídico de los Conocimientos Técnicos, Editorial Heliasta S.R.L. Argentina, 1995, pág. 26.

¹⁰⁴ Ídem.

es necesariamente confidencial, ya que este concepto se refiere a aquel conjunto de conocimientos y habilidades que permiten a un grupo de personas desarrollar, producir, distribuir o comercializar un bien o servicio con ventajas frente a otros competidores, pero con la característica que dicha información bien puede ser del dominio público, y dado el caso son elementos como la experiencia o la destreza lo que permite consolidar la ventaja de ese saber hacer".¹⁰⁵

A su modo la autora Alejandra Torres de la Rosa, a éste respecto señala que: "La asistencia técnica es un flujo de instrucciones directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado.

"La asistencia técnica complementa la transmisión de conocimientos técnicos o know how, en virtud de que la misma tiene como característica principal el que generalmente se preste en forma personal por técnicos o empleados del franquiciante, por expertos consultores; lo cual supone una obligación de hacer para el franquiciante, que debe cumplirse durante la vigencia del contrato." ¹⁰⁶

Para otros autores la asesoría comprende:

- a) Entrenamiento al franquiciatario;
- b) Asesoría para la localización y diseño del establecimiento;
- c) Asesoría para la selección y desarrollo de proveedores;
- d) Capacitación y entrenamiento del personal en general;
- e) Asesoría en materiales publicitarios;
- f) Asistencia para el desarrollo de planes de mercadotecnia ;
- g) Financiamiento para adquisición y apertura;
- h) Manuales de operación.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Halife Daher, Mauricio. Op. Cit. pág. 74

¹⁰⁶ El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano. Primera Edición. Editorial Porrúa , S.A. de C.V. México 2000, pág. 54.

¹⁰⁷ Cfr. Di Costanzo, Juan y Coautores. Op. Cit. pág. 45.

De este modo, se tiene que la información contenida en los conocimientos técnicos debe ser constante, permanente y continua, y cuando esta tiene como prestación en forma personal por medio de expertos o consultores, técnicos o personal mismos del franquiciante ante el franquiciatario se le conoce además como "asistencia técnica".

En efecto, las notas expuestas dejan en claro que el llamado "know-how" o el "como hacerlo", puede ser la diferencia entre el éxito o fracaso del negocio franquiciado, en atención a que de ese compendio de conocimientos probados de un negocio exitoso debe ser entendido y llevado cabalmente a la práctica por el franquiciatario, sin distingo alguno, y más aún, con los conocimientos que se plasman en tal compendio, resultando claves, pues en ellos pueden estar inmersos uno o más secretos industriales de cuyo debido resguardo es capital importancia competitiva para su autor.

2.3.1.7. CONSULTORIA

Acerca de éste punto, se tiene que mencionar que en la relación hay una cierta subordinación del franquiciatario para con el franquiciante, la cual existe aún antes de que se firme el contrato de franquicia, habida cuenta que el franquiciatario debe consultar con el franquiciante y este aprobar el lugar geográfico que resulte conveniente para la instalación del establecimiento o lugares concretos donde se va a explotar la franquicia, que no deberá estar dentro del radio de clientela efectiva del franquiciante por razones lógicas de competencia.

No obstante lo anterior, el franquiciante deberá aprobar en las instalaciones del franquiciatario; los diseños, decoración, amplitud, las medidas en general, ubicación urbana específica, equipo, estándares, iluminación, mobiliario, signos distintivos y en especial la publicidad externa del negocio.

Asimismo y para efectos de consulta el franquiciante deberá proporcionar manuales, guías, procedimientos de operación de la negociación, e información en general sobre los pormenores del modus operandi del giro de que se trate, por lo que debe haber una relación muy estrecha entre los contratantes a efecto de que fluya constantemente la información que debe ser dinámica y actualizada en mayor grado posible.

En apoyo a lo anterior, la autora Alejandra Torres de la Rosa, señala que el franquiciante deberá: "...prestar asistencia técnica y toda clase de asesoría útil y necesaria al franquiciatario para la aplicación de la tecnología. Ésta obligación debe cumplirse durante la vida de todo contrato a solicitud del franquiciatario o cuando el franquiciante lo juzgue oportuno.

No sólo es necesario transmitir al franquiciatario unos conocimientos técnicos, sino que deberán ir acompañados de soportes materiales como documentación, video-cassettes, etc, y también de un manual operativo permanentemente actualizado..."¹⁰⁸

"Los conocimientos técnicos —ha dicho la OMPI— también pueden suministrarse a través de consultores u otros expertos profesionales que proporcionan servicios de asistencia que cubren la ingeniería básica de un instalación industrial o su maquinaria y equipo, el montaje, la explotación y el mantenimiento de una instalación industrial o la administración de una empresa y sus actividades industriales y comerciales (llamadas también servicios de cooperación y asistencia técnico industrial)."¹⁰⁹

Otros autores señalan: "Las visitas periódicas de supervisores de la franquicia o del franquiciante mismo sirven como enlace de integración, ya que genera una forma de consultoría permanente que ofrece soluciones para las deficiencias

¹⁰⁸ Torres de la Rosa, Alejandra, Op. Cit. pág. 64.

¹⁰⁹ Alvarez Soberanis, Jaime. La regulación de las Invenciones y Marcas y la transferencia de Tecnología. Primera Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1979, pág. 321. (las siglas OMPI, significan conforme a la citada obra Organización Mundial de la Propiedad Industrial)

administrativas y de operación del franquiciante. La emisión de reportes escritos estableciendo el proceso de inspección es una herramienta útil para la estructuración de las mismas, ya que le ofrece al franquiciante un marco de referencia para implantar las recomendaciones hechas por el supervisor¹¹⁰

Por lo anterior, se observa que la consultoría es un derecho del franquiciatario a recibir toda la información posible del franquiciante, ya que el primero ha invertido una suma importante de dinero, por la franquicia, y ese derecho está dado en función del objetivo principal del negocio, que es manejarlo con éxito, a efecto de recuperar la inversión original y obtener ganancias, y esto sólo se logra si el franquiciatario está debidamente informado sobre cómo operar el negocio en las mismas condiciones que el que originalmente lo hizo crecer.

2.3.1.8. SUPERVISIÓN

La supervisión es un derecho del franquiciante, consistente en hacer reconocimientos periódicos al establecimiento sujeto al contrato de franquicia para establecer las condiciones de operación del negocio y que su manejo sea acorde a las exigencias operativas del franquiciante, y está dada en función de un principio de orden lógico, en atención al derecho que tiene el franquiciante de seguir el desarrollo, utilidad y explotación correctas que observe sobre la marca y demás accesorios en su caso, como son las patentes, los nombres comerciales, etc. por parte del franquiciatario.

Esto es, el franquiciante prácticamente debe supervisar cada uno de los manejos tanto técnicos como administrativos que practique el franquiciatario al negocio de que se trate, pues de ello depende que se observe o no el contenido del artículo 142 de la LPI, pues como se ha apuntado es un imperativo legal del franquiciatario el producir o vender bienes, o prestar servicios de manera uniforme; y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de

¹¹⁰ Cfr. Dí Costanzo, Juan y Coautores. Op. Cit. pág. 45.

la marca, tendientes a mantener la calidad, imagen y prestigio de los productos o servicios materia del contrato.

De lo anterior, se puede afirmar que si de la supervisión efectuada por el franquiciante resulta que ha mermado cualquiera de las exigencias establecidas en el numeral en cita, se podrá reclamar, incluso judicialmente, la responsabilidad en que incurra el franquiciatario causante de tal disminución o afectación que sufra la calidad, prestigio e imagen del objeto materia de la franquicia.

Se resalta, que es válido el prever tales circunstancias, estableciendo debidamente en el contrato las obligaciones asumidas por cada uno de los contratantes, así como, las responsabilidades que se puedan exigir por su incumplimiento, en un momento dado, por lo que la redacción correcta de las cláusulas del contrato cobran mayor importancia si en el mismo se prevé una debida regulación de la supervisión que rija la relación comercial entre las partes.

A este respecto el profesor J. Arce Gargollo indica que es una obligación del franquiciante y complemento de su derecho a inspección y supervisión periódicamente al franquiciatario y agrega:

"El franquiciante debe buscar, en todo momento, la uniformidad del producto o servicio que el franquiciatario presta amparado por las marcas y nombres comerciales cuyo uso se autoriza en el contrato. Los estándares de calidad del producto y del servicio objeto de la franquicia pueden variar durante la vigencia del contrato y el franquiciante debe notificarlo oportunamente al franquiciatario, en el franchising es básico para conseguir la homogeneidad del producto que el franquiciante tenga la facultad de controlar el proceso de calidad del producto o servicio para no desprestigiarse ante sus clientes"¹¹¹

Juan Dí Costanzo y coautores, señalan que el "Las oficinas centrales deben implantar un sistema de supervisión y apoyo que se encargue de brindarle servicio al

¹¹¹ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 53.

franquiciatario y que le sirva de guía para administrar su unidad franquiciada dentro de un marco preestablecido por el franquiciante.”¹¹²

En el mismo sentido, la autora Alejandra Torres de la Rosa señala que el franquiciante debe: “...aceptar inspecciones, ésta es la obligación correlativa al derecho que tiene el franquiciante a inspeccionar y supervisar el negocio franquiciado, por tanto, el franquiciatario tiene la obligación de aceptar y colaborar en las inspecciones, visitas, supervisiones y auditorías que hace el franquiciante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de las directrices, normas e instrucciones.”¹¹³

Por lo anterior, se observa que la supervisión es un derecho del franquiciante, de inspeccionar a su satisfacción los establecimientos franquiciados, en aras de mantener el prestigio comercial de su marca, dado que cualquier vicio o malentendido en la operación del negocio, o descuido del franquiciatario en la producción o prestación del bien o servicio, repercute invariablemente en la marca y no sólo en el establecimiento individualmente considerado.

2.3.1.9. SECRETOS INDUSTRIALES

Un aspecto de los contratos de franquicia que siempre aparece en las convenciones contractuales, obligando al franquiciatario a su observancia, lo constituyen los llamados secretos industriales de los que la “Uniform Trade Secrets Act”, legislación estadounidense destinada a la protección de los secretos industriales, proporciona la siguiente definición:

“Un secreto industrial podrá consistir en cualquier fórmula, patrón, dispositivo o compilación de información empleados por una empresa y que den al empresario la oportunidad de obtener una ventaja sobre los competidores que no lo conocen o no lo usan. Puede ser la fórmula de un compuesto químico, un proceso de manufactura, de

¹¹² Dí Costanzo, Juan y Coatores. Op. Cit. pág. 47

¹¹³ Torres de la Rosa, Alejandra. Op. Cit. pág. 76.

tratamiento o de conservación de materiales, el patrón para una máquina u otro dispositivo, o una lista de clientes"¹¹⁴

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

"La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios..."

Por otro lado, el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, determina que todo servidor público tendrá la obligación de: "IV.- Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso impidiendo o evitando el uso, la sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidas de aquéllas."

En éste orden de ideas, las sanciones correspondientes por las faltas a que se refiere el artículo 47 fracción IV, de la Ley en comento, consistirán en términos del artículo 53 del mismo ordenamiento legal en:

I.- Apercibimiento privado o público;

II.- Amonestación privada o pública;

III.- Suspensión;

IV.- Destitución del puesto;

V.- Sanción económica; e

¹¹⁴ Jalife Daher, Mauricio. Op. Cit. pág. 75.

VI.- Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público."

Por otro lado el artículo 85 de la Ley de Propiedad Industrial, ordena a las personas que con motivo de su trabajo, empleo, puesto, cargo, desempeño de su profesión o relación de negocios tenga acceso a un secreto industrial, deberá abstenerse de revelarlo sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarde dicho secreto, o de su usuario autorizado, Se debe decir, que el contenido del artículo en comento es incompleto pues no menciona ningún tipo de sanción para la personas que menciona una vez que se coloque en el supuesto de incumplimiento de tal precepto.

A su vez, Juan Di Costanzo y coautores, señalan que: "El valor de la información y los conocimientos que el franquiciante pone a disposición del franquiciatario es quizá tan importante como el de la marca o nombre comercial que se le otorga. Así pues, la obligación que asume el franquiciatario de no divulgar a terceros la información que se le confiere, no sólo durante la vigencia del contrato sino inclusive después de la fecha de su terminación, se rige por los principios establecidos para los secretos industriales."¹¹⁵

Por su parte, la autora Alejandra Torres de la Rosa señala: "...en el caso de las franquicias, es de gran importancia la obligación que asume el franquiciatario de no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre la tecnología o la operación misma de la negociación, o de la propia franquicia. Esto implica no comunicar o usar, en beneficio que no sea del franquiciatario, la tecnología, conocimientos, know how y cualquier otra clase de información recibida del franquiciante, no sólo durante la vigencia del contrato, sino inclusive después de la fecha de su terminación."¹¹⁶

Acerca de éste tópico, el Profesor Javier Arce Gargollo señala que: "El franquiciatario está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial

¹¹⁵ Di Costanzo, Juan y coautores. Op. Cit. pág. 67.

¹¹⁶ Torres de la Rosa, Alejandra. Op. Cit. pág. 73.

sobre tecnología o la información 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"¹¹⁷

Por otro lado, el artículo 65 del Reglamento de la LPI en su fracción IX, ordena que el franquiciante informará al franquiciatario lo correspondiente a sus obligaciones respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante.

En estas condiciones, se puede afirmar que en el clausulado del contrato de franquicia no debe faltar la regulación convencional expresa, en el sentido de prever el tratamiento que se debe otorgar a los secretos industriales en el negocio a franquiciar por parte del franquiciatario, estableciendo debidamente las obligaciones que deben observar las partes tanto para proporcionar los secretos industriales como para su manejo y custodia.

Además, se debe determinar en forma efectiva y sin dejar lugar a dudas, cuáles son los secretos industriales proporcionados, así como las responsabilidades de las partes por su mal manejo, estableciendo de ser posible la forma de resarcir los daños y perjuicios que se generen, por la divulgación incorrecta o indebida de los mismos, ya que como se ha apuntado en líneas anteriores, de existir los secretos industriales es en éstos en los que descansa la ventaja comercial que se traduce en éxito del negocio a franquiciar sobre otros de la competencia.

2.4. LA EXCLUSIVIDAD

La exclusividad, es un elemento contractual de las franquicias en atención a que define las áreas geográficas de su operación, previendo la posible competencia de otro franquiciatario de la misma cadena de negocios, Juan Dí Costanzo y coautores señalan que:

¹¹⁷ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 63.

"La asignación de territorios consiste en dividir la expansión de la franquicia en determinadas regiones. Cada franquiciatario debe contar con una área delimitada, ya sea de la ciudad, el país o el mundo, en dónde tendrá derecho a desarrollar más unidades franquiciadas, y en donde no habrá otro franquiciante del mismo sistema."¹¹⁸

La exclusividad es un elemento del contrato de franquicia clasificado como real por el Profesor J. Arce Gaigollo, quien señala que en su aspecto negativo representa una limitación a la libertad contractual, al imponer al franquiciatario la obligación de no celebrar determinados contratos con cierta persona o con persona distinta al franquiciante y agrega que:

"Los elementos de validez de la exclusiva son el plazo y el territorio o espacio físico en el que se desenvuelve su eficacia. En el contrato de franquicia el espacio geográfico puede delimitarse mediante un territorio en donde el franquiciatario podrá explotar la franquicia por medio de diversos establecimientos master franchise (área de desarrollo de franquicia con posibles subfranquicias); o para un establecimiento o negociación mercantil concreto y determinado, en la que el licenciante autoriza la localización (franquicia unitaria)..."¹¹⁹

El mismo autor explica que en la consulta formulada a la Comisión de Competencia Económica sobre distribución exclusiva de una marca, se consideró que "se evita de esta manera que el distribuidor utilice esos recursos en la promoción de otras marcas. En términos de eficiencia, esta medida estimula la asignación de recursos por parte de los fabricantes en la prestación de servicios de venta y posventa relacionados por sus marcas respectivas." sobre EXCLUSIVIDAD territorial para el distribuidor de una marca, la Comisión de Competencia Económica ha sostenido que "el monto de las inversiones en infraestructura de distribución y la escala de las operaciones justifican la asignación de territorios exclusivos"¹²⁰

¹¹⁸ Di Costanzo, Juan y coautores. Op. Cit. pág. 44.

¹¹⁹ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 52.

¹²⁰ Idem.

Del mismo modo la autora Alejandra Torres de la Rosa señala que: "En el contrato de franquicia, el espacio geográfico puede delimitarse mediante un territorio en donde el franquiciatario podrá explotar la franquicia a través de una franquicia maestra(master franchise) lo que implica haber adquirido los derechos para explotar un territorio exclusivo y con posibilidades de otorgar subfranquicias individuales o bien, operar un establecimiento determinado y concreto en el que el franquiciante autoriza la localización (franquicia unitaria)."¹²¹

Una práctica común en el contrato de franquicia, consiste en que las partes establezcan en forma cierta y determinada los rangos de distribución territorial a que se verá sujeto el franquiciatario en su actividad comercial, lo cual representa una seguridad para el franquiciatario en el sentido de que al menos en la franja territorial convenida, no tendrá competencia de otro comerciante que trafique con la misma marca, asegurando así, que las fuertes inversiones que comúnmente significan el contratar una franquicia se verán restituidas en menor tiempo lo cual justifica la cláusula de exclusividad.

2.5. PRESTACIONES Y CONTRAPRESTACIONES

Las prestaciones que deben cumplir los contratantes y que genéricamente establece el Artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial son:

- A) Prestaciones a cargo del Franquiciante, en favor del franquiciatario.
1. La transmisión de la licencia de uso de una marca (eventualmente nombres y/o avisos comerciales así como patentes de invención).
 2. La transmisión de conocimientos técnicos o asistencia técnica.
- B) Contraprestaciones a cargo del franquiciatario, en favor del franquiciante.

¹²¹ Torres de la Rosa, Alejandra. Op. Cit. pág. 57.

1. El pago de diversas cantidades que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante, las cuales están dadas en función de los resultados en las ganancias del negocio franquiciado. Al ser los contratos de franquicias onerosos y mercantiles, pueden pactarse una serie de pagos por diversos conceptos derivados de la explotación misma del negocio franquiciado.

Dentro de la diversidad de pagos que se contratan, hay dos conceptos básicos, el pago inicial o cuota que da derecho a la franquicia (franchise fee), y las regalías (royalties) como pagos periódicos.

Los diversos conceptos de pagos del franquiciatario al franquiciante, y que son los siguientes:

a) Pagos iniciales:

- I) derecho de franquicia(franchise fee);
- II) desarrollo de la franquicia, franquicia de área;
- III) entrenamiento;
- IV) aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio;
- V) diseño arquitectónico.

b) Pagos Periódicos:

- I) regalías (porcentaje fijo, cuota mínima, posible incremento o decremento según ventas, Mixto);
- II) por servicios diversos;
- III) contribución de publicidad y mercadotecnia;
- IV) cargos por servicios especiales como contabilidad, servicio de computación, preparación de facturas, financiamiento, entrenamiento, consultoría, asistencia técnica especializada.

c) Pagos de renta:

- I) del inmueble;
- II) equipo, instalaciones, anuncios y señales;

- d) Pagos por ventas de:
 - I) equipo, instalaciones, anuncios, señales;
 - II) producto terminado que vende el franquiciatario al cliente;
 - III) materia prima, materiales, ingredientes que utiliza el franquiciatario;
 - IV) servicios de distribución y comisiones a agentes vendedores;
 - V) material de publicidad.
- e) Comisiones a terceros proveedores del franquiciatario.
- f) Intereses por préstamos al franquiciatario.¹²²

Entre las prestaciones convenidas por las partes en el contrato de franquicia, cobran especial importancia las regalías, que son pagos que el franquiciatario hace al franquiciante por el derecho de vender o comercializar los productos y/o servicios. El pago de regalías es la forma en la que el franquiciante obtiene constantemente ingresos por la explotación del negocio franquiciado, la periodicidad de este pago es variable, y se debe estipular en el contrato inicial, también se puede convenir que el pago de regalías se cubra en función de un porcentaje gravado sobre las ventas brutas de los franquiciatarios, o una cuota fija.

Casi siempre las regalías que el franquiciatario debe pagar al franquiciante oscilan, entre un tres y un diez por ciento, de las ventas, aunque existen franquicias por las que se tienen que pagar hasta un treinta por ciento, y comúnmente se pacta que el incumplimiento al pago de las regalías por lo general constituye una falta grave para la rescisión del contrato, lo que además conlleva a que se pacte que el franquiciante tendrá derecho a la inspección de los estados financieros del franquiciatario.¹²³

Por último vale la pena mencionar que aunque el contrato de franquicia es un negocio netamente mercantil, nada impide que pueda ser gratuito esto es que la

¹²² Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. págs. 13-14.

¹²³ Cfr. DI Costanzo, Juan y Coautores. Op. Cit. pág. 11.

transmisión de la licencia de uso de una marca y/o accesorios no sea onerosa para el franquiciatario, es por ello que el legislador en el artículo 142 de la Ley de la materia no haya impuesto ninguna prestación a cargo del franquiciatario, es por ello que la doctrina y la misma práctica mercantil son los que enumeran los diversos pagos que debe convencionalmente pagar el franquiciatario al franquiciante.¹²⁴

2.6. MOTIVO O FIN

El motivo o fin del contrato de franquicia, tampoco puede apartarse de la legislación sustantiva civil, en defecto de la legislación industrial, la cual exige que el hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser posible y lícito. Así, el artículo 1831 del Código Civil, indica que el fin o motivo determinante de la voluntad que lleva a contratar a las partes, no debe ser contraria a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

En el mismo sentido el artículo ocho del mismo ordenamiento legal señala que: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

A éste respecto el maestro Joaquín Martínez Alfaro comenta:

"a) Lícito es lo que está de acuerdo con las leyes de orden público y con las buenas costumbres.

"b) Por Leyes de Orden Público se entiende aquellas cuya observancia se impone aún en contra de la voluntad de los particulares, a diferencia de las leyes supletorias de la voluntad que pueden dejar de observarse.

"c) Por Buenas Costumbres se entiende la moral media de un lugar y de una época, considerando que la moral varía en el tiempo y en el espacio.

"d) La consecuencia de la ilicitud es la nulidad absoluta o relativa, según el caso concreto, de acuerdo con el artículo 2225 del Código Civil"¹²⁵

¹²⁴ Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 52.

¹²⁵ Teoría de las Obligaciones. Segunda Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1991, pág. 110.

En este orden de ideas, y para ilustrar lo antes expuesto, se observa que en México, hasta el momento nadie podrá contratar negocios de "casinos" aunque éstos se franquicien en el extranjero, dado que el motivo o fin determinante de la voluntad, estaría encaminado al desarrollo de un negocio que atenta contra las leyes mexicanas de orden público.

Por lo que tampoco se podrán franquiciar negocios cuyo objeto esté en desacuerdo con las buenas costumbres, aunque esos negocios sean lícitos en otros países, como es el caso de la renta de videos de pornografía infantil, que son tolerados por las autoridades canadienses, pero que difícilmente llegarían a serlo en México.

En el caso de los contratos de franquicia, se debe decir que los contratantes persiguen fines paralelos, pues por un lado el franquiciante busca abarcar mayores centros de distribución o producción de sus productos o servicios, de los que posiblemente no tenga la disposición o recursos para poder abrirlos y consecuentemente atenderlos, así mediante el sistema de franquicias el franquiciante se ve apoyado en personas como los franquiciatarios quienes buscan tener un negocio propio y se convierten, en la proporción guardada, en dueños del mismo negocio, por lo que una vez establecida la relación ambas partes persiguen el mismo fin traducido en la explotación y mantenimiento del mismo negocio lucrando ambos con él.

2.7. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En opinión de algunos autores, el contrato de franquicia es hoy en día un contrato no regulado íntegramente por las leyes mexicanas, y subrayan que la sola mención que la Ley Industrial y su reglamento hacen de él, no le otorga el carácter de típico, en atención a que en ella no se regula específicamente la relación de Derecho privado entre las partes, **ni contra terceros**. Así pues la reglamentación contenida en

las citadas disposiciones sólo contempla la relación entre los contratantes con la Administración Pública Federal, titular del Registro de contratos de licencia de marcas.

A éste respecto, el Maestro Óscar Vásquez del Mercado, considera que "... el contrato de franquicia no es una concesión ni una licencia, llegamos a decir que es un contrato, por el momento no regulado por la ley mexicana, aunque sí conceptualizado en la Ley de la Propiedad Industrial y lo consideramos como un contrato de características particulares, de duración prolongada, con prestaciones recíprocas, y que crea, sobre todo, una relación de cooperación y de integración entre las partes que al mismo tiempo conservan su autonomía jurídica y económica."¹²⁶

A su vez, el Profesor Javier Arce Gargollo señala las siguientes teorías sobre la naturaleza Jurídica del contrato de franquicia.

"El contrato de franquicia es una *Figura sui generis*. En mi opinión, para el derecho mexicano, la franquicia es un contrato atípico, pues no está regulada la relación de Derecho privado entre el franquiciante y el franquiciatario. Sin embargo, conforme a la LPI y su reglamento, el contrato de franquicia contiene, además de otros elementos, una *licencia de uso de marca*."¹²⁷

El Profesor Arturo Díaz Bravo, señala diversas figuras contractuales frente al contrato de franquicia.

a) el franquiciatario opera como lo haría un agente del franquiciante, por cuanto emplea el nombre comercial y la marca de éste último; pero, salta desde luego una diferencia notable el franquiciatario no actúa en nombre o por cuenta del licenciante, como sí ocurre en el caso del agente.

¹²⁶ Cfr. Vásquez del Mercado, Óscar. Op. Cit. pág. 580.

¹²⁷ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 80.

b) tampoco nos encontramos frente a una comisión mercantil, pues el franquiciante no otorga mandato alguno a su franquiciatario.

c) el franquiciatario no es un mero distribuidor pues actúa con el nombre y marca comercial del franquiciante, y el distribuidor actúa con su propio nombre y tal vez con su propia marca.

El mismo autor concluye "...a mi juicio existe tal contrato, si el franquiciante aporta al franquiciatario derechos inmateriales (marca, conocimientos y asistencia técnica) para que éste los aproveche en la explotación de una negociación mercantil; si a cambio de ello éste último concede al primero una participación en las utilidades que obtenga de la explotación, aparece, casi fielmente retratado, el contrato de asociación en participación, como lo define el art. 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. 128

En opinión de la autora Alejandra torres de la Rosa, señala que: "El hecho de que la LPI contemple en su artículo 142 el objeto de estudio de la presente investigación, no convierte al contrato de franquicia en una figura típica en el derecho mexicano, en virtud de que la misma no contempla la relación jurídica entre el franquiciante y el franquiciatario en su relación de derecho Privado, los efectos que se producen de éste negocio jurídico y las normas supletorias de la voluntad de las partes. La reglamentación contenida en las citadas disposiciones es de derecho Administrativo y registral, sólo contempla la relación entre las partes contratantes con la Administración Pública Federal (Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial) titular del registro de contratos de licencia de marcas.

"Es así que, puede afirmarse en nuestro Derecho Mexicano, el contrato de franquicia es atípico, toda vez que la ley no contempla la relación franquiciante-franquiciatario como tal. 129

128 Díaz Bravo, Arturo. Op. Cit. pág. 43.

129 Torres de la Rosa, Alejandra. Op. Cit. pág. 44.

Finalmente, el Profesor Rafael Pérez Miranda, menciona que la franquicia no tiene contenido propio y sólo merece una atención especial en cuanto al contenido del contrato de Licencia que deriva una serie de propiedades industriales o intelectuales que maneja el contrato.¹³⁰

Como se observa el contrato de franquicia, aunque sólo es conceptualizado por la Ley de la Propiedad Industrial, sin regular las bases contractuales entre las partes contratantes, es discutible para este investigador su atipicidad, en atención a que los aspectos contractuales más importantes del contrato se derivan de la propia Ley mencionada y de su reglamento, por lo que se considera que ésta regulado en forma deficiente, y más aún, el reglamento contiene disposiciones inherentes a las prestaciones de las partes que más bien deberían contemplarse en la propia Ley y no en el reglamento.

2.8. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Conforme a las opiniones doctrinales citadas y a la práctica comercial, el contrato que se estudia a la luz de la doctrina mexicana especializada, resulta ser:

I).- Mercantil: porque se celebra entre comerciantes, para explotar el prestigio obtenido por una empresa o para distribuir y revender productos con ánimo de comercializarlos(artículo 75 del Código de Comercio).

II).- Bilateral: Toda vez que produce obligaciones para las dos partes contratantes (artículo 1836 del Código Civil).

III).- Oneroso: ya que generalmente se pacta una contraprestación, hay derechos y gravámenes recíprocos (artículo 1837 del Código Civil).

¹³⁰ Cfr. Pérez Miranda, Rafael. Op. Cit. pág. 116.

IV).- De colaboración: en virtud de que en éste tipo de contratos mercantiles, "en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra.

V).- Intuitu personae: ya que se celebra en atención a las características personales de las partes, sobre una base de confianza.

VI).- Formal: toda vez que requiere celebrarse por escrito e inscribirse en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial conforme al artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial.

VII).- De largo plazo o tracto sucesivo: sus prestaciones se cumplen durante un lapso determinado en forma continua.

VIII).- De adhesión: Pues usualmente es el franquiciante quien elabora unilateralmente el contrato y sólo da margen al franquiciatario a decidir celebrar o no el contrato.¹³¹

Otros autores señalan: "El contrato de franquicia es un contrato mercantil, bilateral, oneroso y de tracto sucesivo en virtud del cual el franquiciante le otorga al franquiciatario el derecho no exclusivo para usar su marca o nombre comercial y le transfiere el derecho no exclusivo para usar su marca o nombre comercial y le transfiere su tecnología (Know How) para la operación de su negocio..."¹³²

Por su parte la autora Alejandra Torres de la Rosa clasifica a la franquicia exponiendo que es:

"a) Mercantil, pues se celebra entre comerciantes para explotar una empresa o para distribuir o revender productos.

"b) Nominado, pues se encuentra contemplado en nuestra legislación.

¹³¹ Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 43.

¹³² González Calvillo, Enrique y Rodrigo González Calvillo. Op. Cit. pág. 74.

*c) Bilateral, porque produce obligaciones para las dos partes contratantes, según lo establece el artículo 1836 del Código Civil, el cual establece que el contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

*d) Oneroso, ya que en la mayoría de los casos se paga una contraprestación, habiendo derechos y gravámenes recíprocos.

*e) Intuitu Personae, pues se celebra en base a las características personales de las partes; sobre la base de confianza.

*f) Formal, en cuanto requiere celebrarse por escrito e inscribirse en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para producir efectos en perjuicio de terceros, de conformidad con el artículo 136 de la LPI.

*g) De largo plazo, o tracto sucesivo pues sus prestaciones se cumplen en el tiempo de vigencia del contrato.

*h) Frecuentemente de adhesión, ya que comúnmente el franquiciante es el que elabora el contrato sin intervención del franquiciatario.

*i) Ocasionalmente aleatorio, pero en otras conmutativo ya que, como afirman Peters y Schneider, "si este contrato es aleatorio en lo que hace a las ganancias (prestaciones del franquiciatario) que serán proporcionales a los resultados de la empresa, se puede decir que es conmutativo en cuanto a la extensión de las demás prestaciones de las partes."¹³³

En efecto, el contrato de franquicia resulta ser un contrato perfectamente identificable por la doctrina especializada, llamando la atención que los tratadistas en su mayoría dan por hecho la onerosidad del mismo, sin embargo, como lo sostiene el autor Javier Arce Gargollo, nada impide que el contrato pueda ser gratuito.

2.9. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

El contrato de franquicia, resulta ser un contrato mercantil con características propias, que lo distinguen y los sitúan como un contrato sui generis, en efecto el Profesor Javier Arce Gargollo enumera las siguientes características del contrato de franquicia como sigue:

¹³³ Torres de la Rosa, Alejandra. Op. Cit. pág. 37.

"a) El franquiciante concede al franquiciatario el derecho a usar una marca y a explotar una negociación mercantil en uno o varios establecimientos.

"b) La licencia debe incluir la autorización de uso de marca (de servicios y productos) y eventualmente la de nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes. La definición de la LPI señala como elementos esenciales del contrato de franquicia: "La licencia de uso de marca y la transferencia de tecnología".

El Reglamento de la LPI establece que: el titular deberá proporcionar a los interesados información sobre derechos de propiedad intelectual, que involucra la franquicia. (artículo 65 fracción IV).

"c) La franquicia tiene cierta exclusividad referida a un territorio o a uno o varios establecimientos geográficamente identificados. La exclusividad en el beneficio del franquiciatario no supone que el franquiciante no pueda otorgar más franquicias.

El Reglamento de la ley menciona: definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia (artículo 65 fracción VII).

"d) El franquiciatario se obliga a cumplir con el control de calidad del servicio y productos en los términos y especificaciones que le señale el franquiciante. La LPI liga el uso de la marca a la necesidad de que el franquiciatario pueda mantener la calidad y prestigio de los productos o servicio.

"e) La transmisión de conocimientos o tecnología, de la que gran parte pertenece al Know How la hace el franquiciante mediante normas, manuales, guías, capacitación al personal, e inspecciones periódicas. El artículo 142 de LPI incluye como elemento esencial del contrato de

franquicia, que el franquiciante transmita conocimientos técnicos y proporcione asistencia técnica al franquiciatario, con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del franquiciante.

El Reglamento de la LPI señala como información que debe proporcionarse al franquiciatario:

Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario(artículo 65 fracción VI).

*f) La contraprestación que paga el franquiciatario esta ligada a los resultados de la operación, puede pactarse como un precio fijo, como venta de franquicia, como regalías o pagos periódicos sobre la base de las ventas de la negociación, o una combinación de ambos, en algunos casos se prevé el pago de honorarios por asistencia o servicios técnicos, o por otros diferentes conceptos (asesoría, rentas, ventas).

En el Reglamento se establece al respecto montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante(artículo 65 fracción V).

*g) Se trata de un contrato a largo plazo.

*h) Es un contrato de colaboración, no de cambio, pues franquiciante y franquiciatario tienen intereses comunes: prestigiar la marca, la negociación y obtener mayores ventas utilidades. No es, sin embargo, un contrato asociativo.

"i) La franquicia es un modo de organización para la explotación de cierta clase de negocios por medio de este instrumento del tráfico mercantil.¹³⁴

A su vez el Profesor Arturo Díaz Bravo, señala que "Parece claro que todo ello opera en función de la explotación comercial, por parte del franquiciatario, de los bienes o servicios a los que se aplican las marcas y, en su caso, de la negociación que ha de operar con el nombre comercial del franquiciante, merced al empleo de los métodos operativos, comerciales y administrativos fijados por éste último."¹³⁵

Como se observa el contrato de franquicia, esta regulado aunque deficientemente en la Ley de la Propiedad Industrial, la cual menciona la esencia misma del contrato, sin que pase inadvertido que es también el Reglamento de dicha Ley la que en cierta forma continúa regulando las características y prestaciones que debe se deben establecer antes de la celebración del contrato, prestaciones que son derechos del franquiciatario y obligaciones del franquiciante, por ello se dice que sí es un contrato típico.

2.10. CLASES DE FRANQUICIAS

Hoy en día existen distintos tipos de franquicias definidas por la doctrina especializada, de entre las que destacan las de formato de negocios, las de marcas registradas o de productos y las franquicias por conversión, principalmente, enseguida se enumera la calificación hecha por Juan Dí Costanzo y coautores en los siguientes términos:

1. Franquicias de productos o de marcas registradas. Son las franquicias en las que el nombre de la negociación y del producto no cambia, surgió por la necesidad de contar con canales de distribución más amplios por lo que también

¹³⁴ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. Págs. 40-41.

¹³⁵ Díaz Bravo, Arturo. Op. Cit. pág. 191.

se les conoce como franquicias de distribución, es de resaltar que en el mercado cada vez se observan menos franquicias de éste tipo.

II. Franquicias de modalidad de formato de negocios. Nacen como una idea de Ray Kroc quien inició esta forma de hacer negocios, con su exitosa cadena de tiendas de hamburguesas McDonald's. En lugar de garantizar sólo la licencia de distribución o la marca registrada, Kroc vendió la presencia y permanencia en todo el mundo, ejemplo de ésta franquicia son Dunking Donuts, y Kentucky Fried Chicken.

III. Franquicias por conversión. Son las que cuentan con todas las características de las franquicias "formato de negocio", pero difieren en su origen. Esto significa que en un principio fueron negocios independientes y pequeños, pero se asimilaron en cuanto a la marca y método de operar de la franquicia a la que pertenecen, Aparen en Estados Unidos de América en la década de los setentas.

IV. Franquicia de servicios, es aquella en la que los franquiciatarios prestan el servicio en colaboración con el franquiciante, y de manera subsidiaria éste les suministra productos directamente vinculados a la prestación de dichos servicios; Burguer King, Hoteles Hilton y Hertz arrendadora de autos, son ejemplos de franquicias de servicios.

V. Franquicia de distribución. Esta se refiere a la venta al por menor por parte de los franquiciatarios, de los productos fabricados por terceros seleccionados por el franquiciante, quien además se encarga de obtenerlos a un precio muy competitivo. Como ejemplo se puede citar Computerland.¹³⁶

Dentro de éstas clasificaciones los autores González Calvillo, señalan que existen dos tipos de franquicias y que éstas son:

a) **Franquicia de producto o marca registrada,** la cual no es más que un arreglo en virtud del cual el franquiciante, además de otorgar al franquiciatario el uso y

¹³⁶ Cfr. Di Costanzo, Juan y Coautores. Op. Cit. Págs. 8-9.

explotación de un nombre comercial o marca, se constituye como proveedor exclusivo de los productos o servicios que comercializará y/o distribuirá el franquiciatario.

- b) **Franquicia de formato de negocio**, conocida en los países de habla inglesa como *bussines format franchise*, ofrece al franquiciatario no sólo la marca o nombre comercial del franquiciante, sino, un sistema completo de negocios. El cual incluye marca, nombre comercial, conocimientos, experiencia en la operación del negocio, criterios y especificaciones para la construcción y adaptación del local, parámetros y requisitos para contratación de personal, publicidad y todos los pormenores del negocio franquiciado.¹³⁷

Por su parte el profesor Javier Arce Gargollo enumera otras clases de contratos o modalidades de la franquicia, con relación a la exclusividad y al espacio geográfico en el que el franquiciatario ejerce su privilegio sobre la franquicia concedida, de acuerdo a las siguientes particularidades:

1. **Franquicia unitaria** en la que el franquiciatario tiene derecho a abrir y operar un solo establecimiento, usualmente en una localidad específica y dentro de un territorio asignado.
2. **Area de desarrollo de franquicia** (*master franchise*), donde el franquiciatario tiene el derecho exclusivo de abrir un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico.
3. **Subfranquicia**, la que se asemeja a la franquicia de área de desarrollo, excepto que el franquiciante-subfranquiciante otorga el derecho (y generalmente la obligación) de vender franquicias a otros franquiciatarios, dentro del territorio exclusivo que se le ha concedido.

¹³⁷ Cfr. González Calvillo, Enrique y Rodrigo. Op. Cit. págs. 25-26.

4. **Conversión a franquicia** se trata de un programa que tiene la intención de "convertir" o incluir dentro de un sistema de franquicia a establecimientos que ya existen y están operando.
5. **Cláusula de opción**, en la que el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un establecimiento y, por una cuota adicional, puede abrir un establecimiento o varios establecimientos adicionales en un plazo futuro, señalado en la opción. Usualmente el precio o cuota adicional para el nuevo establecimiento es ventajoso para el franquiciatario.¹³⁸

El Profesor Rafael Pérez Miranda, diferencia las siguientes clases de franquicias:

- a) **Franquicia de producción**: el franquiciado fabrica, siguiendo las indicaciones del franquiciador, los productos que luego puede vender o distribuir.
- b) **Franquicia de servicios**: el franquiciado* ofrece un servicio bajo el nombre comercial y/o la marca del franquiciador, conforme a sus directivas y asistencia técnicas.
- c) **Franquicia de distribución**: el franquiciado adquiere los productos del franquiciador y los distribuye, identificando de alguna manera una relación específica frente a los consumidores, prestando este último asistencia técnica.
- d) **Franquicia industrial**: en ella el elemento fundamental no es la marca, sino la patente o el secreto industrial, siendo que la marca no es un elemento esencial ya que puede estar o no presente.¹³⁹

¹³⁸ Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 16.

* Nota, para éste autor, las partes en el contrato de franquicia son franquiciador y franquiciado equivalentes a franquiciante y franquiciatario.

¹³⁹ Cfr. Pérez Miranda, Rafael. Op. Cit. pág. 116.

De las anteriores clasificaciones que se han anotado respecto de los tipos de franquicias existentes, se nota la complementación que se hacen entre sí, pues algunos autores señalan aspectos importantes de ciertos tipos de franquicias, que otros omiten, coincidiendo algunos autores en su clasificación.

2.11. LA SUBFRANQUICIA

Esta figura contractual es una forma de limitar territorios, ya que prevé que un franquiciatario maestro, pueda instalar un número determinado de unidades dependientes (puntos de venta). Cuya subunidad directiva asume el papel de franquiciante al regular el desarrollo de los puntos de venta sujetos a su control y promoción. La subfranquicia permite al franquiciante original, desarrollarse más rápidamente y extender sus mercados en territorios que no conoce o que le causaría más trabajo y dinero administrar. Prácticamente, es la forma de compartir con otros la responsabilidad en el crecimiento de la franquicia.¹⁴⁰

A su vez, el Profesor Javier Arce Gargollo señala a éste respecto diversas consideraciones relativas a la subfranquicia como sigue:

“La subfranquicia puede darse en el contrato de franquicia como un medio por el que el contrato principal u original se desdobra en otro o varios contratos. En el contrato de franquicia el concesionario se convierte en subfranquiciante del subfranquiciatario y, no siempre es necesario que, para cada caso concreto, intervenga el franquiciante original.

“Como se trata de un contrato *intuitu personae*, la posibilidad de conceder subfranquicias debe estar prevista en el contrato. A este respecto, el Reglamento de la LPI, el franquiciante debe informar al franquiciatario sobre: el “derecho del franquiciatario de conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo” (artículo 65 fracción VIII).

¹⁴⁰ Cfr. Di Costanzo, Juan y Coautores. Op. Cit. pág. 120.

“El contrato de subfranquicia se produce en aquellos contratos de franquicia en los que el territorio o espacio geográfico concedido es del tipo de “área de desarrollo de franquicia”, master franchise para que el franquiciatario, dentro del área autorizada pueda conceder subfranquicias.”¹⁴¹

Elementos propios del contrato de subfranquicia;

- a) Un contrato principal de franquicia entre el franquiciante (original) y el franquiciatario.
- b) Un contrato derivado o subcontrato de franquicia, entre franquiciatario que es subfranquiciante, y un nuevo franquiciatario que se convierte en subfranquiciatario.
- c) Autorización general del franquiciante original para que el franquiciatario (subconcedente) en la franquicia de desarrollo de área; tenga autorización expresa y concreta para cada caso de subcontratación.
- d) La misma naturaleza del contrato (franquicia) y el contenido, límites, plazo, condiciones similares o iguales, entre al franquicia y la subfranquicia, de modo que ésta última no rebase los límites del contrato original o principal de franquicia.
- e) Se trata de un contrato *intuitu personae*, por lo que la posibilidad de otorgar subfranquicias debe ser especificada y regulada por las partes en el contrato principal.¹⁴²

En el manejo de la subfranquicia, para efectos del artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, el titular de la franquicia deberá proporcionar a los interesados previa la celebración del convenio respectivo, entre la información, técnica, económica y financiera el derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo.¹⁴³

¹⁴¹ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 65.

¹⁴² *Ibidem*. Cit. Págs. 15-16.

¹⁴³ Cfr. Jalife Daher, Mauricio. Op. Cit. pág. 287.

De lo anterior, se advierte que los contratos de subfranquicia existen por la necesidad de otorgar el derecho a ciertos franquiciatarios de fungir a su vez como franquiciantes de otros franquiciatarios llamados subfranquiciatarios, bajo ciertas reglas contractuales, dentro de un ámbito espacial y temporal preestablecido, lo cual genera la oportunidad de crecimiento de la cadena de negocios, sin la intervención directa del franquiciante original, lo cual es imposible en términos prácticos.

2.12. FIGURAS AFINES

Existen diversas figuras contractuales que son afines al contrato que se estudia, por ello el Profesor Arturo Díaz Bravo, señala:

- a) No es difícil encontrar manifestaciones de la agencia, figura que la legislación y la doctrina mexicanas están muy lejos de ubicar en cuanto a su carácter jurídico. En efecto, el franquiciatario opera como lo haría un agente del franquiciante, por cuanto emplea el nombre comercial y la marca de éste último; empero, salta desde luego una formidable objeción: el primero de ellos no actúa en nombre o por cuenta del licenciante, como si ocurre en el caso del licenciante.
- b) Tampoco nos encontramos frente a una comisión mercantil, pues el franquiciante no otorga mandato alguno a su licenciatario.
- c) Un mero contrato de distribución es, podría argüirse, pero, una vez más, conviene precisar que el franquiciatario no actúa como un mero distribuidor, sino con el nombre comercial y marca del franquiciante, al paso que el segundo actúa con su propio nombre comercial y tal vez con su propia marca, y
- d) Aunque muestra algunas similitudes con la concesión, Molas ha puesto de relieve las diferencias al apuntar que las estipulaciones eventualmente implícitas relativas al nombre del proveedor son ampliamente explícitas y hacen generalmente el objeto de una licencia de marca; además, primero se refiere únicamente a una

distribución de productos, el dominio de elección de contrato es también, por el contrario, la prestación de servicios.¹⁴⁴

A su vez, el autor norteamericano Steven S. Raab. Opina: "Una franquicia no es una agencia donde los empresarios de cierta área son los representantes locales de grandes pero lejanas compañías. En una franquicia, los franquiciatarios locales son sus propios representantes. Ellos son los dueños del negocio y sufren las pérdidas o gozan las ganancias."¹⁴⁵

El Profesor Javier Arce Gargollo señala que:

"El contrato de franquicia se asemeja a la concesión administrativa o de distribución. Éstas figuras tienen como elemento común la existencia del privilegio o concesión. Ésta palabra viene del latín *concessio*, que significa acción de conceder.

"El contrato de distribución es aquel por el que el distribuidor se obliga a adquirir, comercializar o revender, a nombre y por cuenta propia los productos del fabricante o productor en los términos y condiciones de reventa que éste le señale; también podrá imponerle obligaciones sobre la organización del negocio. Se distingue la franquicia del contrato de distribución en que, en éste último, el distribuidor adquiere productos para revenderlos, es un contrato traslativo de dominio típicamente comercial. El distribuidor no transforma, produce o modifica el producto que adquiere, tan sólo lo revende.

"En la franquicia, el derecho a revender el producto o a explotar el negocio supone la prestación de un servicio y la venta de productos que muchas veces el franquiciatario elabora o produce y posteriormente vende con el control de calidad que le especifica el franquiciante."¹⁴⁶

¹⁴⁴ Cfr. Díaz Bravo, Arturo. Op. Cit. Págs. 192-193.

¹⁴⁵ S. Raab, Steven. Op.Cit. pág. 44.

¹⁴⁶ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. Pág. 41.

Sostienen los autores Enrique y Rodrigo González Calvillo, que la franquicia difiere del contrato de distribución, en atención a que si bien es cierto, los orígenes de la franquicia se hayan en la necesidad que tienen de distribuir sus productos, empresas tales como las armadoras de autos y petroleras, dichas negociaciones observaron que las franquicias al evolucionar podían ser, en sí mismas, una fuente de generación de negocios y utilidades interesantes, entonces fue como la franquicia pasó de ser un simple antecedente a una causa y no el fin último de la franquicia.

Los mismos autores, señalan que la franquicia difiere de la licencia de marcas o nombres comerciales, en atención a que en la franquicia el franquiciante otorga a su contraparte no nada más la licencia de uso de la marca y/o nombre comercial, sino también conocimientos y experiencia, para la operación eficaz del negocio, así pues, se observa que la licencia de marca es uno de los tantos elementos de propiedad industrial que comprende la franquicia.¹⁴⁷

- A) Suministro.- El contrato de franquicia no es un convenio de suministro, ya que contiene una serie de elementos adicionales que lo distinguen tales como la marca, el método franquiciado y un interés continuo en la calidad del producto final, son condiciones ajenas completamente a los convenios de suministro.

- B) Licencia de marca.- El Código Deontológico de la franquicia en Europa señala que "es un contrato de licencia en el que ambas partes, aceptan importantes obligaciones mutuas más allá de las que supondría una relación comercial convencional."

- C) Concesión mercantil.- Considerada como una modalidad de la concesión, que se produce cuando el contrato va dirigido a que el concesionario utilice los signos distintivos del concedente y a que, bajo las instrucciones precisas de éste, colabore en la elaboración y venta de los productos o bien en la prestación de determinados servicios. El concesionario ha de cargar con los costos de organización de su

¹⁴⁷ Cfr. González Calvillo, Enrique y Rodrigo. Op. Cit. págs 22- 23.

negocio y con el riesgo de su empresa, a pesar del contrato que sobre él ejerce el concedente.

En efecto, la franquicia se diferencia de la licencia de uso de marca, al incluir elementos que no contiene la licencia, tales como el Know-how, asesoría, experiencia entre otros, y de la distribución pues su fin es más amplio que el distribuir productos, pues incluye todo un sistema de operación de negocios, amén de que en la franquicia no nada más se distribuyen productos sino que también se elaboran en procesos de producción y lo más importante en la franquicia también se prestan servicios.

2.1.3. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

La terminación del contrato de franquicia, no escapa a las hipótesis que para la terminación de los contratos en general se manejan en la doctrina, e inclusive en la de caer en el supuesto de invocar la protección de algunos preceptos del Código Civil. En éste sentido el Profesor Ramón Sánchez Medal, enumera las causas generales de terminación que pueden contener los contratos y que son:

- a) El agotamiento natural del contrato;
- b) El vencimiento del término;
- c) La muerte o incapacidad de uno de los contratantes;
- d) La voluntad unilateral de una de las partes;
- e) El mutuo consentimiento;
- f) La quiebra de uno de los contratantes y;
- g) La rescisión por incumplimiento.¹⁴⁸

En la práctica se pueden observar las siguientes causas de terminación:

¹⁴⁸ Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Editorial Porrúa S. A. Novena Edición, México 1988, pág. 48.

1. Preaviso de alguna de las partes. Usualmente el preaviso está pactado en el contrato y determinado por un plazo mínimo y mediante alguna formalidad para hacerlo saber a la contraparte. En el mismo sentido, se llega a pactar que el preaviso sólo opere después de cinco o diez años de vigencia del contrato.
2. Terminación anticipada por incumplimiento de alguna de las partes, o rescisión. En esta causal suelen determinarse cuáles serán las violaciones contractuales graves que den origen a la terminación anticipada del contrato para alguna de las partes. Dicha cláusula tiene su origen en el artículo 1949 del Código Civil, el cual previene la posibilidad de resolver los contratos por incumplimiento de alguna de las partes y otorgando la elección al demandante de solicitar la rescisión o el cumplimiento forzoso del contrato y en ambos casos, demandar el pago de los correspondientes daños y perjuicios que el incumplimiento haya generado.
3. Quiebra del franquiciatario o del franquiciante. Usualmente se pacta en esta cláusula que será una causal de terminación del contrato de franquicia, el hecho de que la autoridad judicial intervenga la administración del franquiciatario, embargue bienes, cuando estalle una huelga, se expropien bienes, o se solicite la suspensión de pagos.
4. Término de vigencia del contrato. Fenecido el plazo de vigencia del contrato de franquicia no existe forma alguna de continuar su desarrollo si no es mediante la firma de un nuevo contrato, prórroga, renovación automática pactada en el contrato original o cualquier figura análoga, por lo que desde la firma del contrato de franquicia se deben prever las posibles situaciones que se puedan generar al término de la vigencia del contrato, así como la manera de solucionar tales eventos.
5. Muerte o disolución anticipada del franquiciatario. Esta cláusula opera hipotéticamente cuando el concesionario es una persona física, y puede

establecerse que el contrato de franquicia continúe vigente con los herederos o que se resuelva en un plazo razonable, en el cual el franquiciante tiene derecho a "recomprar" la franquicia y a indemnizar a los franquiciatarios.

Cabe mencionar que en disposiciones del estado de California, E.U.A. se previene que a la muerte del franquiciatario el concedente no negará al cónyuge superviviente o a los herederos la oportunidad de participar como propietarios de la franquicia por un tiempo razonable, durante el cual deberán satisfacer los requisitos de un franquiciatario o vender o traspasar la franquicia a un persona con las cualidades que exige el franquiciante para los nuevos franquiciatarios.

6. Se acostumbra a utilizar alguna cláusula que contenga la posibilidad de dar por terminado el contrato, negar la prórroga si existe una justa causa, conocida como good cause (buena causa), cuya definición alude a causas específicas que se consideren bastante para dar por terminada la relación contractual, sin responsabilidad para el franquiciante.¹⁴⁹

Enseguida se enuncian algunos pactos que frecuentemente se utilizan en el contrato para normar la posible terminación anticipada del contrato o por la llegada del plazo de su vigencia:

- "a) La obligación del franquiciatario de no usar la marca, removerla de todos los establecimientos, equipos e instalaciones, etc. Esta obligación debe ampliarse, en cada contrato, para el uso del nombre comercial, los avisos comerciales y la explotación de las patentes.
- "b) El franquiciatario no podrá seguir explotando la negociación materia de la franquicia, ni realizar negocios similares o semejantes que pudieran afectar

¹⁴⁹ Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 72.

al franquiciante y dar la impresión a los consumidores o al público de que es todavía la persona autorizada por el franquiciante para explotar esa clase de negocio.

- "c) Devolución de equipo, inventario de mercancías y alguna información de know-how o procedimientos de fabricación, venta o prestación de servicios materia de la franquicia. Conviene pactar a qué precios debe el franquiciante pagar ese equipo, mercancías, instalaciones e información.

- "d) Las órdenes o pedidos pendientes de fabricación o entrega que tenga el franquiciatario y, la clientela que, al parecer, corresponde al franquiciante como titular de la marca y al franquiciatario como propietario de la empresa objeto de la explotación en el contrato de franquicia, para efectos prácticos, suelen pasar al franquiciante."¹⁵⁰

Como se observa el contrato de franquicia no escapa a la forma de terminación natural de los contratos que maneja la Ley Sustantiva Civil, y como se ha mencionado por la doctrina consultada, existen diversos supuestos de terminación tanto natural, como anticipada del contrato, lo cual desde un punto de vista personal de éste autor, los supuestos de terminación anticipada son causas de rescisión propiamente dichas, que deben entenderse como la omisión de utilizar la marca por más tiempo del legalmente permitido, con el riesgo de perder su registro, o el modificar la calidad o cantidad de los productos o servicios a que se obligó el franquiciatario, con merma en la fama del negocio franquiciado.

¹⁵⁰ Ídem.

CAPÍTULO III
MARCO LEGAL APLICABLE
3.1. LEYES GENERALES

Como se observa los contratos de franquicia, son convenciones complejas, que generalmente traen aparejados diversos contratos de índole civil, como es el caso de arrendamientos de locales comerciales para cumplir el objeto contractual, eventualmente cláusulas relativas a patentes, entre otras de propiedad industrial, derechos de autor, regulaciones contractuales de orden laboral, convenios relativos a sociedades mercantiles mexicanas y extranjeras, por citar algunos de los aspectos que involucran las franquicias.

Sentado lo anterior, se tiene que el marco legal aplicable a los contratos de franquicia, está dado como se verá, en general, por una serie de leyes que incluyen desde el Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al consumidor, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se ven complementadas por leyes especializadas mercantiles y las de orden civil y administrativo.

3.1.1. CÓDIGO DE COMERCIO

La naturaleza jurídica de las actividades comerciales del franquiciante y del franquiciatario, así como del propio contrato de franquicia que por sus características es considerado como mercantil, encuentra su fundamento en el Código de Comercio vigente, el cual establece los aspectos más importantes relacionados con esas actividades comerciales y de servicios que se significa el contrato de franquicia, En éste sentido el artículo 75 del Código en comento en sus fracciones I, V, VII y VIII, hace referencia indirecta al contrato en estudio, toda vez que dicho artículo, señala que se reputan actos de comercio:

"I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósitos de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

"V. Las empresas de abastecimientos y suministros;

"VII. Las empresas de fabricas y manufacturas;

"VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo."

Ahora bien, las anteriores hipótesis normativas del Código de Comercio, genéricamente abarcan todas las actividades comerciales de las franquicias. Así mismo, el artículo 5° del mismo ordenamiento legal establece 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, tienen capacidad legal para ejercerlo". Por tanto, pueden intervenir válidamente en un contrato de franquicia.

Por otro lado, es condición necesaria que el presunto franquiciante o franquiciatario no estén bajo los supuestos prohibitivos del artículo 12 del Código de Comercio, a efecto de que sean legalmente aptos para ejercer actos de comercio, pues dicho artículo prohíbe ejercer estos actos a los corredores, a los quebrados no rehabilitados, ni a los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos los de falsedad, peculado, cohecho y concusión. En éste sentido, los comerciantes serán los que plenamente celebren contratos de franquicia.

Asimismo, el artículo 78 de la codificación en comento, señala que: "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados." En este sentido el contrato de franquicia se encuentra reconocido por la Ley de la Propiedad Industrial, y aunque no se encuentra debidamente regulado, las partes se obligan conforme a la literalidad del contrato estrictamente.

Cualquier falta de formalidad o requisitos que por supuesto no sean esenciales, no será causa de invalidez del contrato de franquicia, en éste sentido dicho contrato existirá no obstante que no se haya celebrado por escrito, pues cualquiera de las partes involucradas podrá solicitar hasta judicialmente por medio de la acción proforma, el otorgamiento y firma del contrato respectivo, para su consecuente inscripción ante el IMPI, a efecto de que surta efectos contra terceros.

En éste sentido y con relación a la hipótesis señalada por el artículo 78 en comento, el Profesor Óscar Vásquez del Mercado, hace las siguientes reflexiones sobre el posible contenido conceptual del contrato:

"Sabemos que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados, regla que encuentra excepciones conforme a determinadas disposiciones legales.

"En el contrato de franquicia opera la norma antes señalada; sin embargo se establecen normas cuyo contenido es normalmente lo que a continuación se señala.

"Establecimiento: Local comercial donde operará el negocio franquiciado.

"Manuales: La compilación básica de métodos, sistemas de operación y tecnología desarrollados por el franquiciante, los que sean confidenciales y constituyan secretos industriales en términos del artículo 82 de la LPI.

"Fecha de iniciación: referida a la fecha de celebración del contrato y la fecha en que comenzará a surtir efectos.

"Ventas totales: se refiere a la cantidad del precio de venta, cada venta de contado o crédito será considerada para los pagos de las regalías que se lleguen a pactar.

"Fondo de publicidad y mercadotecnia: se refiere a las aportaciones a cargo de los franquiciatarios y que será administrado por el franquiciante con o sin intervención de los primeros, y que servirá para solventar los gastos de publicidad a nivel nacional, y brindará apoyos mercadotécnicos encaminados a mejorar las ventas.

"Registros contables: Todos aquellos libros, registros y archivos contables y financieros inherentes al negocio.

"Fuerza mayor: Para efectos de este contrato la fuerza mayor se refiere además de las consideraciones del Código Civil para el Distrito Federal, cualquier acto de la naturaleza, guerra, motines, epidemia, incendios y otras catástrofes o cualquier causa similar fuera de control de la parte afectada que impida el cumplimiento de sus obligaciones.

"Anexos: Todos lo anexos al contrato constituyen parte integrante de él como los que a continuación siguen: Territorio, certificado de titularidad de las marcas del sistema, Modelo reporte de ventas, Contrato de comodato, Horario de operación, Políticas de cortesía, Contrato de suministro, Tarjetas de crédito y Vales empresariales autorizados, Contrato de confidencialidad y también para empleados.

"En caso de renovación las partes celebran un nuevo contrato el que incluirá las mejoras técnicas, operativas y de mercadotecnia que haya tenido el Sistema como resultado de la constante inversión por parte del franquiciante."¹⁵¹

Así debe entenderse que las partes estarán obligadas a cumplir en la forma y términos en que hayan estructurado las cláusulas del contrato.

De ésta manera, se tiene que el Código de comercio contiene las normas elementales reguladoras de la relación comercial, que nace en los contratos de franquicia, señalando los criterios de mercantilidad del contrato que se estudia y las personas que están impedidas legalmente para contratarla.

3.1.2. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

Los contratos de franquicia pueden ser celebrados por personas físicas sin problema alguno, tanto de la parte franquiciante como del franquiciatario. Ahora bien, aunque comúnmente las franquicias son contratadas bajo la figura de las sociedades anónimas, nada impide que se puedan contratar mediante las diversas figuras contractuales de sociedades reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles (léase en lo conducente LGSM) reconocidas en su artículo primero como las siguientes:

- I. Sociedad en nombre colectivo;
- II. Sociedad en comandita simple;
- III. Sociedad de responsabilidad limitada
- IV. Sociedad anónima;
- V. Sociedad en comandita por acciones;
- VI. Sociedad Cooperativa."

Como se dijo en el capítulo correspondiente, el objeto o fin de la franquicia, no podrá ser contrario al interés público, ni contravenir normas de interés social, ni las buenas costumbres. Del mismo modo, los comerciantes constituidos como las sociedades mercantiles que tengan un fin ilícito sean nacionales o extranjeras, no podrán operar en México y se procederá a liquidarla en términos del artículo 3° de la LGSM, previa declaración de nulidad, por tanto cualquier empresa con un objeto ilícito podrá ser demandada su nulidad por cualquier persona o por el Ministerio Público.

¹⁵¹ Vázquez del Mercado, Óscar. Op. Cit. págs. 582-583.

Lo anterior, tiene importancia debido a que, en su gran mayoría las franquicias asentadas en territorio nacional, han venido del extranjero, por lo que es importante señalar, que el artículo 250 de la LGSM dispone que: "Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República."

En este contexto, las sociedades extranjeras que operen por medio de franquicias en el territorio mexicano, deben observar lo dispuesto en la llamada "Cláusula Calvo" que significa que: " En México, la esencia de la Cláusula Calvo, está contenida en el artículo 27 fracción I constitucional, por la cual, el extranjero que desee adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o concesión para explotar minas o aguas deberá renunciar, ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, a la protección de su gobierno para cualquier conflicto que surgiese al respecto de dichos bienes, bajo la pena de perderlos en beneficio de la Nación, en caso de faltar al convenio."¹⁵²

De esta forma es que tiene aplicación la LGSM, a los contratos de franquicia pues como las grandes empresas franquiciantes, regularmente están constituidas a través de alguna de las formas societarias reguladas por la Ley que se comenta, y más aún, una buena parte de ellas tienen nexos comerciales o sociales con empresas extranjeras, las cuales deben observar en primer término lo dispuesto por los preceptos antes citados para que sus operaciones mercantiles en México puedan ser válidas. Se debe hacer notar que puede ser que en la práctica sólo una de las partes sea persona física y la otra moral indistintamente.

3.1.3. LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Esta legislación es reglamentaria del artículo 28 constitucional, y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 24 de diciembre de 1992, reformada por última vez mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1998, con la finalidad de proteger el proceso de competencia y la libre concurrencia comercial mediante la prohibición, prevención y eliminación de los monopolios, prácticas monopólicas y restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, tal y como lo establece el artículo segundo de la Ley en comento.

¹⁵² Diccionario Jurídico Mexicano, Op. Cit. pág. 475.

En efecto, la Ley Federal de Competencia Económica (léase LFCE), contiene importantes preceptos que tienden a impedir prácticas comerciales insanas que puedan dañar la actividad de libre competencia nacional, prácticas de las que no escapan las franquicias, toda vez que por medio de éstas figuras se pueden disfrazar verdaderos monopolios, por ello el artículo segundo de dicho ordenamiento es del tenor siguiente:

"ARTICULO 2o.- Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios."

A su vez, ningún sujeto activo de la vida económica está excluido del cumplimiento y observancia de la presente ley, lo cual la convierte en una disposición de muy buena intención, toda vez que engloba a las entidades de la Administración Pública Federal, estatales o municipales, personas físicas y morales, y es de buena intención pues su objeto es la mejor distribución de la riqueza, por ello el artículo tercero de la ley en comento dispone:

"ARTICULO 3o.- Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica."

En el caso de la celebración del contrato de franquicia es indudable que deben evitarse a toda costa, cualquier acaparamiento de producción, comercialización o almacenamiento de los productos bienes o servicios motivo de la franquicia, toda vez que el artículo octavo de la ley ordena:

"ARTICULO 8º.- Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios."

Del mismo modo, la propia LFCE, indica cuales son las prácticas monopólicas que se deben evitar en la actividad económica y desde luego en las franquicias, pues el artículo noveno señala:

"ARTICULO 9o.- Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

I.- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

II.- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III.- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

IV.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

"Esta Ley es aplicable a los contratos de franquicia, pues muchos de los contratos tienen por objeto la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios (artículo 10 de la LFCE). Se considera por la ley que la distribución exclusiva de bienes y servicios puede ser una práctica monopólica relativa, si el franquiciatario llegara a tener un poder sustancial sobre el mercado relevante (artículos 11 y 12 LFCE). En estos casos, la Comisión Federal de Competencia Económica puede intervenir, si en algún modo se está en los supuestos de las prácticas monopólicas."¹⁵³

En efecto el artículo diez de la LFCE, explica cuales son las prácticas monopólicas relativas, que al igual que las absolutas dañan de igual manera la libre competencia comercial en los diferentes escenarios económicos, además establece adecuadamente las hipótesis en las que se presentan las prácticas monopólicas relativas al señalar que:

¹⁵³ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 34.

"ARTICULO 10.- Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

"I.- Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

"II.- La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios;

"III.- La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;

"IV.- La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

"V.- La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinados bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

"VI.- La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o

"VII.- En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios."

Por otro lado, la LFCE, en su artículo once establece que una vez actualizadas las hipótesis a que se refiere el artículo antes citado, deberá comprobarse: "I.- Que el

presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante; y "II.- Que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate."

En éste sentido, Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios que la Ley misma en las seis fracciones del artículo doce señala como:

"I.- Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

"II.- Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

"III.- Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

"IV.- Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos."

Del mismo modo, para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, en términos del artículo trece de la LFCE deberá considerarse:

"I.- Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

"II.- La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

"III.- La existencia y poder de sus competidores;

"IV.- Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

"V.- Su comportamiento reciente; y

"VI.- Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley."

Es así como la LFCE, establece las bases para una sana competencia entre los diversos sectores de la vida económica del país, incluyendo al propio Estado en todos sus niveles, quien tampoco puede actuar sin control alguno en las actividades comerciales en que sea parte, del mismo modo regula la actividad económica entre los particulares para evitar la acumulación de la riqueza en pocas manos, tal regulación debe ser observada por los contratantes de franquicias, para evitar en lo posible el acaparamiento de algún rubro de la actividad económica, que sea disfrazada por medio de éste sistema de negocios.

3.1.4. LA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA

La Ley de Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993, y cuya última reforma fue publicada en el mismo Diario el 19 de enero de 1999, establece en su artículo primero entre otras cosas que: " Su objeto es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional."

Es importante destacar que el artículo tercero de la Ley en comento señala: que se equipará a la inversión mexicana la que efectúen los extranjeros en el país con calidad de inmigrados, salvo aquélla realizada en las actividades tales como las reservadas de manera exclusiva para su explotación por parte del Estado consideradas como áreas estratégicas, y las que están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

De igual modo, es de considerarse que según versa el artículo cuarto de la Ley de Inversión Extranjera (léase en lo sucesivo LIE) "La inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos,

abrir y operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes, salvo por lo dispuesto en esta Ley.

"Para efectos de determinar el porcentaje de inversión extranjera en las actividades económicas sujetas a límites máximos de participación, no se computará la inversión extranjera que, de manera indirecta, sea realizada en dichas actividades a través de sociedades mexicanas con mayoría de capital mexicano, siempre que éstas últimas no se encuentren controladas por la inversión extranjera."

En el tema que nos ocupa, no podrán ser objeto del contrato de franquicia los rubros que menciona el artículo quinto de la LIE, y que son reservados para su explotación al Estado, considerados como áreas estratégicas y, que son:

- "I.- Petróleo y demás hidrocarburos;
- "II.- Petroquímica básica;
- "III.- Electricidad;
- "IV.- Generación de energía nuclear;
- "V.- Minerales radioactivos;
- "VI.- (DEROGADA POR ARTICULO SEGUNDO TRANSITORIO, FRACCION II, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES, D.O. 7 DE JUNIO DE 1995)
- "VII.- Telégrafos;
- "VIII.- Radiotelegrafía;
- "IX.- Correos;
- "X.- (DEROGADA POR ARTICULO TERCERO TRANSITORIO, FRACCION II DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO FERROVIARIO, D.O. 12 DE MAYO DE 1995)
- "XI.- Emisión de billetes;
- "XII.- Acuñación de moneda;
- "XIII.- Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos; y
- "XIV.- Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables."

A su vez, es importante resaltar que los siguientes rubros de la actividad económica sólo pueden ser explotados por mexicanos de modo exclusivo o por sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, por lo tanto no podrán participar en su explotación ni como franquiciantes ni franquiciatarios los extranjeros personas físicas ni morales, tales rubros en términos del artículo sexto de la LIE son:

"I.- Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería;

"II.- Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo;

"III.- Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable;

"IV.- Uniones de crédito;

"V.- Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia; y

"VI.- La prestación de los servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.

"La inversión extranjera no podrá participar en las actividades y sociedades mencionadas en el presente artículo directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, u otro mecanismo que les otorgue control o participación alguna, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta Ley."

En estas condiciones, y para el caso de que existan franquicias en los rubros que menciona el artículo séptimo de la LIE, las sociedades extranjeras podrán participar en los porcentajes que el propio precepto establece como sigue:

"I.- Hasta el 10% en:

Sociedades cooperativas de producción;

"II.- Hasta el 25% en:

"a) Transporte aéreo nacional;

"b) Transporte en aerotaxi; y

"c) Transporte aéreo especializado;

"III.- Hasta el 49% en:

*a) (DEROGADO ARTICULO SEGUNDO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE PROTECCION AL AHORRO BANCARIO, D.O. 19 DE ENERO DE 1999)

*b) idem.

*c) idem.

*d) idem.

*e) Instituciones de seguros;

*f) Instituciones de fianzas;

*g) Casas de cambio;

*h) Almacenes generales de depósito;

*i) Arrendadoras financieras;

*j) Empresas de factoraje financiero;

*k) Sociedades financieras de objeto limitado;

*l) Sociedades a las que se refiere el artículo 12-Bis de la Ley del Mercado de Valores;

*m) Acciones representativas del capital fijo de sociedades de inversión;

*n) Sociedades operadoras de sociedades de inversión;

*o) Administradoras de fondos para el retiro;

*p) Fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos, municiones y fuegos artificiales, sin incluir la adquisición y utilización de explosivos para actividades industriales y extractivas, ni la elaboración de mezclas explosivas para el consumo de dichas actividades;

*q) Impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional;

*r) Acciones serie "T" de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales;

*s) Pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuicultura;

*t) Administración portuaria integral;

*u) Servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior en los términos de la Ley de la materia;

*v) Sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, con excepción de

cruceros turísticos y la explotación de dragas y artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria;

*w) Suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones y aeronaves y equipos ferroviarios, y

*x) Sociedades concesionarias en los términos de los artículos 11 y 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

* IV.- (DEROGADA, D.O. 24 DE DICIEMBRE DE 1996)

"Los límites para la participación de inversión extranjera señalados en este artículo no podrán ser rebasados directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, o cualquier otro mecanismo que otorgue control o una participación mayor a la que se establece..."

Es así que, la LIE se encarga de regular las condiciones en que se de la inversión extranjera en México, cuya importancia se pone de relieve, desde el momento mismo en que entran las franquicias a territorio mexicano, pues se debe recordar que las mismas inicialmente provienen del extranjero, por tanto es indudable la aplicación y trascendencia de la citada Ley, en atención a que día a día llegan más inversionistas extranjeros a invertir en empresas muchas de ellas franquiciadas, o en su caso se constituyen empresas con inversión extranjera, las cuales deben observar en todo momento la regulación antes citada.

3.1.5. LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

La ley Federal de Protección al Consumidor, es un ordenamiento jurídico, que tiene importancia dentro del estudio del contrato de franquicia, en atención a que los consumidores son terceros ajenos a la relación contractual, por ello se debe establecer que protección tienen frente a cada una de las partes contratantes, para lo cual se hará mención de los preceptos relativos al tema que nos ocupa.

En efecto, a los contratos de franquicias le son aplicables las disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor(en lo sucesivo LFPC), toda vez que el fin que persiguen los contratantes tiene un ánimo de especulación comercial, en el cual siempre

habrá consumidores, conviene establecer como define la LFPC a los consumidores, siendo que el artículo segundo fracción primera dispone que consumidor es "La persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios..."

Continúa el citado precepto distinguiendo expresamente quién no es consumidor en los siguientes términos: "No es consumidor quien adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros." De lo anterior se deduce válidamente que el franquiciatario no es considerado para efectos de la LFPC, como consumidor en el caso de que adquiera suministros, materias primas o implementos proveídos por el franquiciante, pues al integrarlos a procesos de especulación comercial frente a terceros pierde el carácter de consumidor y la protección de la LFPC.

De igual forma, el artículo 2º, en su fracción segunda, señala quienes tienen el carácter de proveedores para efectos de la ley, resultando que proveedor es "...la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos o servicios", en éste sentido, es incuestionable que proveedor será únicamente el franquiciatario frente a los consumidores.

En opinión del autor Javier Arce Gargollo, "Los franquiciatarios estarán sujetos a la Ley en todo lo referente a las normas que regulan actividades propias de la operación de ciertas negociaciones mercantiles. Estas serían: lo referente a información y publicidad; a las promociones y ofertas que realicen los franquiciantes y franquiciatarios en la venta de los productos y servicios materia del contrato; a los servicios; al tiempo compartido o de operaciones con inmuebles, cuando la franquicia tenga estos objetos; y, en lo referente a los contratos de adhesión."¹⁵⁴

En tratándose de los establecimientos que operan por medio de franquicias, los franquiciatarios deben respetar frente a los consumidores, los precios, garantías, medidas, promociones, ofertas etc, que realice el franquiciante en la publicidad genérica

¹⁵⁴ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 34.

del negocio franquiciado, lo anterior es así de conformidad con el artículo séptimo que a la letra dice:

"Todo proveedor está obligado a respetar los precios, garantías, cantidades, medidas, intereses, cargos, términos, plazos, fechas, modalidades, reservaciones y demás condiciones conforme a las cuales se hubiere ofrecido, obligado o convenido con el consumidor la entrega del bien o prestación del servicio, y bajo ninguna circunstancia serán negados estos bienes o servicios a personas con discapacidad."

Otro precepto que tiene relación directa con la franquicia es el artículo noveno de la Ley en cita, ya que establece la responsabilidad administrativa en contra de los proveedores de bienes o servicios por los actos propios que atenten contra los derechos de los consumidores, pero no sólo la responsabilidad de los proveedores, sino que además, por la de sus colaboradores, subordinados y toda clase de vigilantes, guardias o personal auxiliar, que preste sus servicios en el establecimiento de que se trate, lo anterior al margen de la responsabilidad personal en que incurra el infractor.

Pese a que la LFPC, resguarda los derechos del consumidor en general, frente al proveedor, en tratándose del contrato de franquicia, resulta insuficiente, ya que excluye tácitamente de toda responsabilidad al franquiciante como proveedor del franquiciatario, dejando fuera de la protección legal al franquiciatario, quien no puede reclamar por ésta vía responsabilidad alguna al franquiciante por el incumplimiento en cuanto a calidad, cantidad, peso, plazo o cualquier otra condición en el suministro de los productos que provea para el cumplir el objeto del negocio al franquiciatario.

En el mismo sentido, la LFPC excluye expresamente a los franquiciatarios de cualquier responsabilidad frente a los consumidores terceros extraños a la relación contractual, lo cual resulta injusto pues en éstas condiciones el franquiciatario siempre responderá frente a terceros, aun en el caso de que exista culpa o negligencia del franquiciante.

3.2. REGULACIÓN COMERCIAL ESPECIALIZADA

Debe apuntarse que el antecedente inmediato de la LPI, es la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial (conocida por sus siglas LFPPI), publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 27 de junio de 1991, misma que mediante lo dispuesto en su artículo segundo transitorio abrogó la LRTT y su reglamento, así como a la Ley de Invenciones y Marcas. Ahora bien, por decreto publicado el día 2 de agosto de 1994, en el Diario Oficial de la Federación, se reformó el título de dicha Ley, se derogaron diversos artículos, se adicionaron y modificaron otros. En efecto, el nuevo título de la LFPPI en adelante sería Ley de la Propiedad Industrial conocida por sus siglas LPI, como hasta ahora se le conoce.

Así las cosas el Profesor Javier Arce Gargollo comenta que: "Lo anterior significa para el contrato de franquicia el que las partes contratantes, en ejercicio de la libertad de contratar y de la libertad contractual, puedan libremente determinar el contenido del contrato sin limitación legal, directa o indirecta, de ninguna índole, en lo que respecta a la transferencia de tecnología."¹⁵⁵

Cabe agregar que en la LFPPI se conceptuó el término "Franquicia" y se estableció como una especie del contrato de licencia de marca, en el que además de la licencia de marca, debe existir por parte del franquiciatario la obligación de proporcionar a su contraparte la información necesaria en conocimientos y asistencia técnica, y el derecho del franquiciatario para pedir información sobre la franquicia antes de la celebración del contrato, dejando los detalles de esa obligación a la regulación del Reglamento respectivo.¹⁵⁶

El día 23 de Noviembre de 1994, se publicó el Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial, que contiene un importante precepto relativo a los contratos de franquicia, y que en su artículo 65, denomina a las partes del contrato como franquiciante y franquiciatario, dispone también que es obligación del franquiciante proporcionar a quien

¹⁵⁵ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 32.

¹⁵⁶ Idém.

se pretende conceder una franquicia, por lo menos la información técnica, económica y financiera que detalla el primero de los preceptos en comento como sigue:

- *1. Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;
- *2. Descripción de la franquicia;
- *3. Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia;
- *4. Derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia;
- *5. Montos y derechos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante.
- *6. Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario;
- *7. Definición de la suma territorial de operación de la negociación que explote la franquicia;
- *8. Derechos de franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo;
- *9. Obligaciones del franquiciatario respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y;
- *10. En general las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia."

De éste modo, se tiene que la legislación actual especializada en materia de franquicias está dada por la Ley de la Propiedad Industrial, y su Reglamento, los cuales aunque en forma deficiente regulan los aspectos elementales principales del contrato a estudio.

3.2.1. LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Como ya se dijo en el apartado anterior, el día 27 de junio de 1991, se promulgó la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial (LFPPI), misma Ley que impera hasta la fecha, con la salvedad de que el nombre de la Ley fue modificado por decreto de

fecha 2 de agosto de 1994, mediante el cual cambio de Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial a simplemente Ley de la Propiedad Industrial.

A éste respecto, se dice que "...la Ley de la Propiedad Industrial puede considerarse como reglamentaria del artículo 28 constitucional, toda vez que regula derechos que constituyen una excepción a los monopolios, dado que se considera como eficiente constituir derechos de explotación exclusiva respecto de innovaciones y de signos distintivos, a favor de determinadas personas, comportando de esta manera verdaderos monopolios que exceptúan la regla general que apunta a su prohibición en el referido precepto constitucional"¹⁵⁷

El objeto de la Ley de la Propiedad Industrial, está dado por lo que en su propio artículo segundo señala en seis hipótesis normativas a saber:

"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 mejores 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; registro de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración y protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales, y

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

¹⁵⁷ Jalife Daher, Mauricio. Op. Cit. pág. 3.

El Profesor Arturo Díaz Bravo, comenta que fuera del ya citado artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, en México no existe más legislación al respecto. Situación altamente contrastante con la copiosa regulación de otros países, como es el caso de la mayor parte de los Estados de la Federación estadounidense, y en Canadá, donde hace varios años se expidió la Ley Uniforme de Franquicias, la cual reserva a las provincias la facultad de dictar leyes específicas al respecto.¹⁵⁸

En este orden de ideas el autor Mauricio Halife Daher comenta: "Siendo que una franquicia implica una importante inversión para el franquiciatario que la adquiere, me parece que la LPI debería exigir, al menos, que la marca involucrada ostente la calidad de registrada, como una forma de asegurar al franquiciatario el ejercicio pacífico de sus derechos sobre el signo distintivo."¹⁵⁹

Toda vez que el uso de una marca resulta fundamental en el manejo de las franquicias en México, el artículo 136 de la Ley de la Propiedad Industrial, dispone que "El titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a la que se aplique dicha marca. La licencia deberá ser inscrita en el Instituto para que pueda producir efectos contra terceros."

Por otro lado, su artículo 87, indica que los industriales, comerciantes y prestadores de servicios podrán hacer uso de marcas en la industria en el comercio o servicios que presten, pero el derecho exclusivo para explotar esas marcas se obtiene mediante su registro en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, por lo anterior validamente se puede decir que la legislación en materia de franquicias esta dada por un derecho de tipo registral.

3.2.2. REGLAMENTO DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Por decreto presidencial publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de noviembre de 1994, se dio a conocer el actual Reglamento de la Ley de Propiedad

¹⁵⁸ Cfr. Díaz Bravo, Arturo. Op. Cit. pág. 195.

¹⁵⁹ Halife Daher, Mauricio. Op. Cit. Pág. 287.

Industrial, en el cual se hace referencia al contrato de franquicia en diversos preceptos, tendientes a definir los criterios y requisitos que deben observarse para inscribir en el IMPI a los contratos de franquicia.

En efecto, el citado reglamento en su capítulo II, denominado "De las solicitudes y Promociones" establece:

"ARTÍCULO 5º. Las solicitudes o promociones deberán presentarse ante el propio Instituto o en las delegaciones de la Secretaría y cumplir los siguientes requisitos:

- I. Estar debidamente firmadas en todos sus ejemplares;
- II. Utilizar las formas oficiales impresas; aprobadas por el Instituto y aprobadas en el Diario Oficial y en la Gaceta en el número de ejemplares y anexos que se establezca en la propia forma, las que deberán presentarse debidamente requisitadas y tratándose de medios magnéticos, mediante la guía que el Instituto emita al efecto.
- III. Acompañarse de los anexos que en cada caso sean necesarios, los que deben ser legibles y estar mecanografiados, impresos o gravados por cualquier medio.
- IV. Señalar domicilio para oír y recibir notificaciones en el territorio nacional;
- V. Indicar el número de solicitud, patente, registro, publicación, declaratoria o folio y fecha de recepción a que se refieran, salvo en el caso de solicitudes iniciales de patente o registro;
- VI. Acompañarse del comprobante de pago de la tarifa correspondiente;
- VII. Acompañarse de la correspondiente traducción al español de los documentos escritos en idioma distinto que se exhiban con la solicitud o promoción.
- VIII. Acompañarse del escrito que acredite el carácter de los causahabientes, la personalidad de los apoderados o representantes legales, y
- IX. Acompañarse de la legalización de los documentos provenientes del extranjero cuando proceda."

Es de reiterarse que los contratos de franquicia para que surtan efectos contra terceros, deben ser inscritos en el IMPI, por lo que primeramente se deberán satisfacer los requisitos que en general menciona el artículo anterior. Por otro lado, el artículo 10

del reglamento, menciona los requisitos que deben cumplir las solicitudes de registro de las franquicias, que además de los antes señalados serán los que a continuación se señalan.

"ARTÍCULO 10. La solicitud de inscripción de una licencia de uso de cualquier derecho de propiedad industrial o franquicia, además de los requisitos que se refiere el artículo 5°. de éste Reglamento, deberá señalar:

"I. El nombre denominación o razón social , nacionalidad y domicilio del licenciante o franquiciante y licenciantes o licenciataria;

"II. La vigencia del convenio;

"III. Si el convenio reserva al licenciante, usuario autorizado o franquiciante la facultad de ejercer las acciones de protección del derecho de propiedad industrial materia del mismo;

"IV. Tratándose de licencia de uso de marca, los productos o servicios respecto de los cuales se concede la licencia, y

"V. Los demás datos que se soliciten en las formas oficiales.

"La solicitud deberá acompañarse de un ejemplar certificado o con firmas autógrafas del convenio en que conste la licencia, autorización de uso o franquicia. Podrán omitirse en el ejemplar que se exhiba, las estipulaciones contractuales que se refieran a las regalías y en las demás contraprestaciones que deba pagar el licenciataria, usuario autorizado o franquiciataria; las que se refieran a información confidencial, referente a las formas o medios de distribución o comercialización de los bienes o servicios, así como los anexos de información técnica que los integren.

"La solicitud de inscripción podrá ser presentada por cualquiera de las partes."

Como se observa, en el Reglamento de la LPI, se contienen exigencias importantes para que sean inscritos los contratos de franquicia ante el IMPI, tales como los domicilio de ambas partes contratantes, lo cual resulta trascendente para evitar posibles fraudes de empresas fantasmas; la vigencia del convenio, que evita la terminación unilateral del contrato con perjuicio de su contraparte, entre otras ventajas.

3.3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley fundamental que consagra los derechos mínimos y esenciales para los gobernados, como son los de igualdad, propiedad, libre ocupación, entre otros; y tiene trascendencia especial respecto del contrato en estudio, ya que en el contexto de las garantías individuales, el artículo 5, dispone que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. En efecto el artículo referido es del tenor siguiente:

“Artículo 5º. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de ésta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

“Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.”

En éste orden de ideas, es común que en los contratos de franquicia, se pacte alguna cláusula llamada “de no competencia”, lo que significa que el franquiciatario no podrá, una vez terminada la relación contractual de la franquicia; dedicarse o emprender algún negocio similar o con el mismo objeto del que venía realizando en la franquicia, dentro de un lapso de tiempo fijado en el contrato, lo cual atenta contra la garantía de libertad de ocupación que consagra la carta magna en el artículo en comento

Esta claro, que el franquiciatario puede dedicarse a cualquier actividad comercial o industrial que le acomode en cualquier tiempo, siendo ilegal que renuncie anticipadamente so pretexto de la cláusula de no competencia, a emprender o dedicarse a alguna actividad similar o idéntica al objeto de la franquicia, ya que la Constitución, estipula que la libertad de ocupación sólo podrá ser vedada por determinación judicial,

cuando se ataquen derechos de tercero, o por resolución gubernativa dictada en términos de ley, o cuando se ofendan derechos de la sociedad, toda vez que la Ley Fundamental, no admite que se renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

Del mismo modo el artículo 25 del máximo ordenamiento legal, dispone las bases sobre las que el Estado deberá lograr el desarrollo económico del país, mediante el modelo en el que la rectoría de la economía corresponde a la nación, el cual debe orientarla hacia el fomento de actividades que demande el interés general. Además, de las bases en las que se alienta y protege la actividad económica que realizan los particulares, para que conjuntamente con los sectores social y público participen en el desenvolvimiento de la actividad económica.

También el artículo 28 de la Ley Suprema, prohíbe las prácticas monopólicas y algunos privilegios económicos que propician la competencia desleal, otorga reconocimiento a los autores e inventores para que de manera exclusiva y durante un tiempo determinado exploten sus producciones.

Como es de observarse, la Constitución Política de México, contiene los lineamientos fundamentales que protegen la actividad comercial en general, a título de garantías individuales, las que se traducen en beneficios legales para el auge de los contratos de franquicia, al prescribir que todo individuo tiene derecho a realizar la actividad económica que más le convenga con la única limitante que no se ofendan los derechos de la sociedad, asimismo, protege la creatividad de los autores en la Ley Federal de Derechos de Autor; y de los inventores, a través de la LPI, concediendo el derecho constitucional de explotar en forma exclusiva y temporal sus creaciones e inventos, estos últimos elementos es frecuente que se consideren en los contratos de franquicia.

3.3.2. CÓDIGO CIVIL

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y Para Toda la República Materia Federal, establece como ya quedó anotado en apartados anteriores, los

lineamientos elementales de los que no puede escapar el contrato de franquicia, tal es el caso del consentimiento y el objeto así como de las prestaciones que se otorgan las partes recíprocamente, amén de que los contratos en general incluyendo a las franquicias, quedan sometidos a la teoría de las obligaciones que regula el Código Civil en comento.

También tiene aplicación al contrato en estudio, toda vez que dicho ordenamiento legal, además contiene importantes preceptos relativos a las personas físicas y morales, se debe recordar que los contratos de franquicia, son contratados en su mayoría por empresas constituidas en alguna de las formas de organización societaria mercantil, contratando personas morales entre si, o frente a personas físicas, en éste sentido los artículos 24 y 25 respectivamente disponen:

“El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.” y “Son personas morales:I...;II...; III. Las sociedades civiles y mercantiles”, del mismo modo, los contratos de franquicia deberán ser contratados por personas físicas que tengan la libre disposición de sus bienes, o por personas morales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del mismo ordenamiento que a letra dice: “Artículo.- Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representen sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.”

Se debe considerar, que el Código Civil proporciona la idea del domicilio y señala cuáles serán tomados como tales, pues el artículo 29 dispone que el domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente y a falta de éste el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren, asimismo, el artículo 33, señala que:

“Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración.

"Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en este lugar, en cuanto a todo lo que a esos actos se refiera."

En éstas condiciones, el Código Civil contiene disposiciones que inegablemente son aplicables al contrato de franquicia, y algunas determinantes como en el caso de las relativas a las obligaciones, capacidad, objeto, forma entre otras, además regula cuestiones importantes como el domicilio de las personas morales, por tanto el Código Civil es de aplicación obligada en los contratos de franquicia.

3.3.3. LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR

En los contratos de franquicia eventualmente podrán encontrarse elementos protegidos por La Ley Federal de Derechos de Autor, a favor de alguno de los contratantes que deben ser respetados y regulados contractualmente para su óptimo manejo.

"Entre los instrumentos de protección a los derechos de autor se incluyen las producciones que en los manuales de operación del sistema de franquicia elabora el franquiciante para explicar las características operacionales de su negocio exitoso. Los manuales en los que el franquiciante otorga los conocimientos técnicos y prácticos se encuentran protegidos por la Ley Federal de Derechos de Autor.

"Esta protección se alcanza mediante el registro de los manuales de operación del sistema de franquicias, así como del establecimiento de elevadas sanciones económicas y personales para evitar el plagio de los conocimientos otorgados por el franquiciatario."¹⁶⁰

A su vez, el autor Enrique González Calvillo, hace una distinción entre los elementos protegidos por el Derecho de autor, en:

"Obras de arte aplicado y arquitectónicas: La fachada y demás elementos arquitectónicos originales del establecimiento de la franquicia también podrían merecer la

¹⁶⁰ Di Costanzo, Juan, Alejandra Vilalta , y Donato Cárdenas. Op. Cit. , pág. 57.

protección que brinda el derecho de autor. Las obras arquitectónicas constituyen una especie más de las obras de arte aplicado en general. Sin embargo, en este caso existen varios aspectos que podrían ser objeto de protección, a saber; planos, escrituras, ornamentos y demás elementos decorativos del edificio arquitectónico. Consideramos que nuestra ley, a diferencia de otras en el mundo, podría extender su protección a los tres aspectos ya descritos y, en especial, a los planos y ornamentos del edificio.

"Obras literarias: La franquicia por su propia definición, requiere de información constante y permanente, la cual tiene como propósito la recolección de todas aquellas políticas, planes y estrategias tendientes a la operación de la misma. En tal virtud, el franquiciante suele elaborar manuales que contienen dicha información en forma ordenada, lo cual permitirá al franquiciatario conocer con mayor facilidad la operación y actualizarse en su manejo. Por tal razón, los manuales merecen la protección que ofrece el derecho de autor, toda vez que los califican como obras de tipo literario o técnico.

"Programas de computación: Existen ciertos tipos de franquicia que requieren de un soporte lógico en la operación del negocio. Un ejemplo muy común es el caso específico de los servicios de hotelería, los cuales se construyen sobre complicados sistemas de reservaciones, operaciones y servicios a clientes. Pero también es posible encontrar el apoyo de programas de computación en muchos otros negocios objeto de las franquicias...Para ello debe considerarse que el programa de computación representa una obra que normalmente se realiza con la colaboración de múltiples creadores intelectuales, que merecen la protección de las leyes de la materia."¹⁶¹

Es indudable que los contratos de franquicia son sui generis, toda vez que pueden involucrar una serie de derechos no solamente industriales, también autor, y tales derechos deben ser respetados por los contratantes pues protegen la creatividad del autor, quien tiene derecho no sólo a que se le pague por su creación, sino a recibir el reconocimiento de su autoría y el pago pecuniario correspondiente.

¹⁶¹ González Calvillo, Enrique. Op. Cit. págs. 156-159.

3.3.4. LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Ley Federal del Trabajo en los sucesivo LFT, en su artículo 16 indica que; " Se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimientos la unidad técnica que como sucursal, agencia y otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa."

Éste precepto cobra especial aplicación toda vez que la franquicia funciona como una unidad técnica que como sucursal de la franquicia matriz, produce, distribuye o presta bienes o servicios en uno o varios establecimientos, encuadrándose en los supuestos normativos que le sean aplicables relativos de la LFT.

En el mismo sentido, los aspectos más relevantes que son regidos por la citada Ley encontramos al contrato de trabajo, duración de las relaciones laborales y capacitación a los trabajadores, cuestiones de trascendental importancia en la que indudablemente implica la regulación laboral en el contrato a estudio.

3.4. PRINCIPALES ACUERDOS, DECRETOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

Alrededor del mundo existe un gran número de agrupaciones dedicadas a la protección y fomento de los derechos intelectuales. Tal es el caso de la OMPI, que significa Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que se integra por más de 90 países de todo el mundo, firmándose su constitución en Estocolmo, el 14 de julio de 1967, y cuyo objeto es promover en todo el mundo la protección de la propiedad industrial y de las obras literarias. Los países integrantes de ésta organización han tratado de estandarizar los aspectos de protección y explotación de la propiedad industrial internacional.¹⁶²

México ha celebrado diversos tratados internacionales en aras de la observancia de la Ley de la Propiedad Industrial, entre ellos se cuentan: el Convenio de París para la

¹⁶² Cfr. Dí Costanzo, Juan y coautores. Op. Cit. pág. 68.

Protección de la Propiedad Industrial; Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional; el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes; el Tratado de Libre Comercio para América del Norte; Tratado de Libre Comercio en Costa Rica; el Tratado de Libre Comercio con Chile; el Acuerdo General Sobre Aranceles y Comercio "TRIPS"; y el Tratado de Nairobi para la Protección de los signos Olímpicos.

“Cabe referir que a la par de estos importantes tratados internacionales, existen algunos otros de los que México no es parte, por haberse considerado en su momento, que su adhesión no resultaba conveniente.

“Entre los diversos tratados internacionales de los que México no es parte, se encuentran entre otros, el Arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas o su Protocolo; el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de los Productos y Servicios a los que se Aplican las Marcas (clasificación internacional que es observada por México aún y cuando no es parte de dicho tratado).”¹⁶³

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, adoptado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en su artículo primero inciso dos, señala que la protección a la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica, o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, por lo que indiscutiblemente guarda aplicación y observancia en el contrato que se estudia.

En su artículo segundo contempla un trato nacional para los no nacionales de los países que integran la Unión (OMPI) en lo que se refiere a las ventajas de las leyes respectivas que concedan en la actualidad y en lo futuro a sus nacionales sin perjuicio de los derechos que ampara el convenio en comento, y sin importar el domicilio del reclamante de la protección.

¹⁶³ Jalife Daher, Mauricio. Op. Cit. págs. 12-13.

En materia de dibujos y modelos industriales el convenio ordena en su artículo Quinquies (artículo 5) que serán protegidos en todos los países de la Unión.

En materia de marcas el convenio en cita, dicta que las condiciones para su registro serán determinadas por cada país de la Unión, sin que pueda ser rehusada o invalidada en cualquier país de la Unión marca alguna por el hecho de que no haya sido depositada, registrada o renovada la marca o marcas en el país de origen.

El artículo quater(6), señala textualmente que "Cuando, conforme a la legislación de un país de la Unión, la cesión de una marca no sea válida sino, cuando haya tenido lugar al mismo tiempo que la transferencia del negocio o de la empresa o del negocio al cual la marca pertenece, será suficiente para que esa validez sea admitida, que la parte de la empresa o del negocio situada en este país sea transmitida al cesionario con el derecho exclusivo de fabricar o vender allí los productos que llevan la marca cedida."

Lo anterior significa que las cesiones de derechos sobre marcas en países de la Unión, dichos países no exigirán más requisito de validez de la cesión, que se otorgue al cesionario, que ésta conlleve el derecho exclusivo de fabricar o vender en su país los productos que ampare la marca.

En este artículo encontramos la protección internacional a la transmisión de los derechos de uso de las marcas, reconocido en el convenio de París, aceptando el derecho de transmitir el uso de las marcas para ser utilizadas en otros países de la Unión siempre que ese uso sea exclusivo, tal como sucede en toda franquicia.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en su Sexta Parte, denominada "Propiedad Intelectual", Capítulo XVII, en su artículo 1708, contiene referencias importantes a las franquicias en distintos numerales del citado precepto como son:

"Cada una de las partes exigirá el uso de una marca para conservar el registro, el que podrá ser cancelado después de un período ininterrumpido de dos años de desuso, cada parte reconocerá como excepción a la cancelación el que el titular alegue razones

válidas para la falta de usos, las cuales tendrán que ser independientes a la voluntad del titular como restricciones a la importación u otros requisitos gubernamentales aplicados a bienes o servicios identificados con la marca.

“Para fines de mantener el registro, cada una de las partes reconocerá el uso de una marca por una persona distinta al titular de la marca, cuando tal uso de la marca esté sujeto al control del titular.

“Cada una de las partes podrá establecer condiciones para el licenciamiento y la cesión marcas, sin que existan licencias obligatorias ni que el titular de una marca registrada tendrá derecho a cederla con o sin la transmisión de la empresa a que pertenezca la marca.”

Como se verá más adelante, una de las obligaciones del franquiciatario es la de usar la marca para evitar la cancelación de su registro, en este caso se observa que existirá responsabilidad para ambas partes, si por un lado el franquiciante otorga el uso de una marca que haya sido cancelada por desuso imputable a él, o si el franquiciatario pierde el registro de la marca en caso de que pasados dos años sin que la use, se genera la cancelación de la misma en detrimento del patrimonio del franquiciante.

3.4. ASPECTOS INTERNACIONALES

Las franquicias son contratos con trascendencia lejos de las fronteras de los países que las vieron nacer, en la actualidad existen un gran número de franquicias que nacieron en Estados Unidos de América y que son pocos los países en el mundo en los que no tienen presencia, pero también existen las franquicias que de otros países han entrado a Estados Unidos, o a otros países internacionalizando sus mercados.

Existen dos elementos básicos que en el todo el mundo integran los contratos de franquicias y son:

1. Licencia de uso de marca.
2. Transferencia de conocimientos técnicos o la asistencia técnica para producir, vender bienes o prestar servicios de manera uniforme.

Juan Dí Costanzo y coautores, refieren el caso, de Chile y República Dominicana, con aspectos trascendentales de las franquicias en aquellos países:

En la República de Chile, por ejemplo, mediante la tramitación ante la autoridad pública correspondiente, se otorgan derechos exclusivos de protección industrial, la cual comprende: marcas comerciales, patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales, entre otros títulos de protección establecidos en las Leyes tanto para nacionales y extranjeros. Si son marcas comerciales se otorgan derechos exclusivos sobre marcas y productos, servicios y de establecimientos, industriales o comerciales, éstos últimos con un ámbito espacial referente a la región en que se encuentra el establecimiento comercial.

EL autor en cita explica que en la República Dominicana la propiedad intelectual se regula mediante tres legislaciones específicas: la Ley de Patentes de Invención, la Ley sobre Marcas de Fabrica y Nombres Comerciales, y la Ley sobre Derechos de Autor, es en ésta en la que se encuentra regulada la protección, registro, reproducción y comercialización de la propiedad intelectual por sus legítimos propietarios, o por terceras personas autorizadas para ese efecto, mediante contratos de uso o licencia de explotación.

También se encuentran reguladas en cada una de las tres leyes, las sanciones a las que se hacen acreedoras las personas que por el uso, comercialización o explotación no autorizada de los derechos de propiedad intelectual violen los derechos de sus legítimos propietarios.

En Argentina, el artículo 17 Constitucional establece que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término mínimo que establece la Ley.¹⁶⁴

La franquicia tiene aplicación internacional, cuya importancia mundial se refleja también en ámbito jurídico en donde empiezan a aparecer importantes normas y

¹⁶⁴ Cfr. Dí Costanzo, Juan y coautores. Op. Cit. págs. 68-69.

disposiciones. La Comisión de las Comunidades europeas preparó un reglamento (CEE) No. 4087/88 (vigente del 1º. De febrero de 1989 al 31 de diciembre de 1999), relativo a la franquicia. Este documento es una excepción a la aplicación de diversas normas de competencia económica que se contiene en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.¹⁶⁵

El profesor Arturo Díaz Bravo, comenta que "...el 3 de septiembre de 1986, la Comisión de la referida Comunidad (Europea) emitió un documento relativo a los acuerdos, decisiones y prácticas concernientes a la colaboración entre empresas, destinado a precisar los alcances de los supradichos preceptos y a establecer casos en que no incurren en las mencionadas prohibiciones, que implican ciertas restricciones a las franquicias."

"Dichos preceptos contienen la prohibición de acuerdos entre empresas que puedan perjudicar el comercio entre los Estados miembros de la Comunidad y que tengan por objeto impedir o restringir el juego de la competencia o el disfrute de modo abusivo, de parte de una o más empresas, mediante una posición dominante en el mercado común o sobre una parte sustancial del mismo."¹⁶⁶

Se dice que las tendencias de la transferencia de tecnología que se da en la franquicia en el ámbito internacional va encaminada hacia la estandarización de las leyes que permitan un reconocimiento de las relaciones de los contratantes de franquicias en un contexto internacional, en medio de la globalización de la economía mundial, con base en las recomendaciones y estudios efectuados por organismos especializados como la Organización Mundial de la propiedad Intelectual.

3.6. AUTORIDADES RECTORAS

La autoridad rectora de las franquicias en México, es en forma primaria el INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, conocido por sus siglas como IMPI, creado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de

¹⁶⁵ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. pág. 28.

¹⁶⁶ Cfr. Díaz Bravo, Arturo. Op. Cit. pág. 195.

diciembre de 1993. Este organismo suplió las funciones que realizaron en diferentes épocas la Dirección General de Invenciones y Marcas o la Dirección General de desarrollo Tecnológico. El IMPI, fue dotado a diferencia de los anteriores organismos de personalidad jurídica y patrimonio propios.

En éste orden de ideas resulta preciso aclarar, que el día 3 de octubre de 1993 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo por el que se creó la Comisión Intersecretarial para la Protección, Vigilancia y Salvaguarda de los Derechos de Propiedad Industrial, sin embargo, dicha Comisión no tiene por función la aplicación ni administración de los preceptos de la LPI, sino que únicamente establece las bases para la colaboración entre las diferentes dependencias del Ejecutivo Federal, encargadas de la represión de la competencia desleal que en materia de patentes, marcas y secretos industriales puedan generarse.

En estas condiciones, en forma paralela al decreto creador del IMPI, se publicaron posteriormente en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 23 de noviembre de 1994, el Reglamento del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; el día 5 de diciembre de 1994, el Estatuto Orgánico del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; así como el Acuerdo por el que se Delegan Facultades en los directores, subdirectores, jefes de gobierno y otros subalternos del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, publicados todos en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de diciembre de 1994.

Es así como el IMPI cumple con funciones administrativas como registro de los diferentes derechos de propiedad intelectual. Del mismo modo, cumple con funciones de carácter jurisdiccional, ya que puede pronunciarse no sólo sobre la validez de los derechos ya constituidos, sino también está facultado para imponer sanciones en los casos de infracción a los mismos, e incluso, emite dictámenes sobre la existencia de hechos constitutivos de posibles delitos.¹⁶⁷

Además, resulta importante señalar que el artículo sexto de la Ley de la Propiedad Industrial señala 22 facultades del IMPI, de entre ellas las más trascendentales en materia del contrato de franquicia son:

¹⁶⁷ Cfr. Jalife Daher, Mauricio. Op. Cit. págs. 13-14.

III. Tramitar y, en su caso, otorgar patentes de invención y registro de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas y avisos comerciales, emitir declaratorias de protección a denominaciones de origen, autorizar el uso de las mismas; la publicación de nombres comerciales, así como la inscripción de sus renovaciones, transmisiones o licencias de uso y explotación, y las demás que le otorga esta Ley y su reglamento, para el reconocimiento y conservación de los derechos de propiedad industrial;

IV. Sustanciar los procedimientos de nulidad, caducidad y cancelación de los derechos de propiedad industrial, formular las resoluciones y emitir las declaraciones administrativas correspondientes, conforme lo dispone esta Ley y su reglamento, resolver las solicitudes que se susciten con motivo de la aplicación de la misma;

V. Realizar la investigación de presuntas infracciones administrativas, ordenar y practicar visitas de inspección; requerir información y datos; ordenar y ejecutar las medidas provisionales para prevenir y hacer cesar la violación a los derechos de propiedad industrial; oír en su defensa a los presuntos infractores, e imponer las sanciones administrativas correspondientes en materia de propiedad industrial;

X. Efectuar la publicación legal, a través de la Gaceta, así como difundir la información derivada de las patentes, registros, autorizaciones y publicaciones concedidos y de cualesquiera otras referentes a los derechos de propiedad industrial que confiere esta ley;

XI. Difundir, asesorar y proporcionar servicios al público en materia de propiedad industrial,¹⁶⁸

“Es así como el IMPI se convierte en la única autoridad rectora en materia de franquicias pues como ya se señaló antes el usuario autorizado de

¹⁶⁸ Cfr. González Calvillo, Enrique. Op. Cit. pág. 28.

una marca no podrá a su vez transferir el uso de la misma a otras personas, salvo pacto en contrario, los contratos o convenios de autorización a que se refieren los artículos 87 y 136 de la LPI, deben inscribirse en el IMPI, para que el usuario de la marca pueda tener la exclusividad de su uso y la marca o marcas surtan efectos contra terceros.¹⁶⁹

Como autoridad rectora se encuentra la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, ya que dicha secretaría es la encargada de vigilar, promover, procurar, fomentar y regular las relaciones comerciales que se originen en la actividad económica de México, y en términos del artículo 19 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, en atención a que esta facultada para expedir normas oficiales mexicanas entre las que se encuentran las relativas a:

- Productos que deberán expresar los ingredientes, elementos, o sustancias que los componen, así como sus propiedades, características, fecha de caducidad, contenido neto y peso, masa drenados, y datos relevantes en etiquetas envolturas condiciones e instructivos de conservación y advertencias;

- Requisitos de información a que se someterán las garantías de los productos o servicios.

- Requisitos que deberán cumplir los sistemas y prácticas de comercialización de ventas.

- Términos y condiciones a que deberán sujetarse los contratos de adhesión. Características de productos, procesos, métodos, sistemas y prácticas industriales, comerciales o de servicios que requieran ser normalizados en términos de otras leyes.

- Las demás que establezcan otras leyes u ordenamientos.

Otra autoridad rectora es la Procuraduría Federal de Consumidor, la cual es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propios, con funciones de autoridad administrativa 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.

¹⁶⁹ Idem.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD INHERENTE A LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA FRENTE A TERCEROS

4.1. LA RESPONSABILIDAD

En atención a que el tema central del contrato en estudio, lo constituye la responsabilidad de las partes contratantes de la franquicia con relación a terceros, conviene establecer la idea fundamental de la responsabilidad, toda vez que la palabra en sí misma, engendra una serie de connotaciones diferentes, pero además, jurídicamente ha sido analizada por la doctrina y la legislación aplicable, derivando en diversas clases fundamentales.

En efecto, el Profesor Rolando Tamayo y Salmorán, señala:

"La voz 'responsabilidad' proviene de 'respondere' que significa, inter alia: 'prometer', 'merecer', 'pagar'. Así, 'responsalis' significa: 'el que responde' (fiador). En un sentido más restringido 'responsum' ('responsable') significa: 'el obligado a responder de algo o de alguien'. 'Respondere' se encuentra estrechamente relacionado con 'spondere', la expresión solemne en la forma del stipulatio, por la cual alguien asumía una obligación (Gayo, Inst., 3,92), así como 'sponsio', palabra que designa la forma más antigua de obligación (A. Berger)

"El tercer significado es el que recoge la dogmática jurídica: un individuo es responsable cuando de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado (H. Kelsen). En este sentido la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder el individuo), sin embargo, no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien lo debe hacer u omitir es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación, pero no se confunde con ella, la responsabilidad señala quien debe responder del cumplimiento o incumplimiento

de tal obligación. La responsabilidad es en este sentido, una obligación de segundo grado (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito). Uno tiene la obligación de no dañar, es responsable del daño el que tiene que pagar por él.”¹⁷⁰

A su vez, el Doctor Guillermo Cabanellas de las Cuevas, señala que por: responsabilidad ha de entenderse la “...obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o , en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido, o el daño originado; y por deuda moral aquel cargo de conciencia por un error. Deben de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto conciente y voluntario.”¹⁷¹

También se dice que responsabilidad “...es la necesidad jurídica que tiene un persona llamada obligado-deudor de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía antes de producirse: a.- la violación ilícita de un deber jurídico estricto sensu, o de una obligación lato sensu que causa un daño, imputable al deudor, o b.- una hecho ilícito que causa un daño, originado sin culpa, por a).- una conducta o un hecho previsto por la ley como objetivamente dañoso o b).- por el empleo de un objeto que la ley considera en sí mismo peligroso, c) bien finalmente por la realización de una conducta errónea realizada de buena fe.”¹⁷²

Por otro lado, “El tratadista Jean Mazeud explica de un modo sencillo y claro lo relativo a la responsabilidad, mencionando:

¹⁷⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Décima Edición. Editorial Porrúa S.A. de C.V. México 1997, pág. 2824.

¹⁷¹ Diccionario de Derecho Usual, Sexta edición, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, pág. 574.

¹⁷² Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Novena Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1993, pág.40.

"Una persona es civilmente responsable cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responsable de ese daño.

"Entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación, el primero se convierte en deudor y la segunda, en acreedora de la reparación. Uno y otra, fuera de su voluntad. Incluso cuando el responsable ha querido causar el daño, la obligación nace sin que el haya consentido: ha querido el daño, no ha querido convertirse en deudor de la reparación e incluso sí, por un imposible, lo hubiera querido no lo obliga esa voluntad, sino la ley. Una vez realizado el daño, cuando su autor quiere repararlo, no es tampoco su voluntad la que crea esa obligación; tiene tan sólo la intención de cumplir con una obligación que ha nacido fuera de él, desde el instante de la realización del perjuicio.

"Los elementos para que se de la responsabilidad civil, son:

"-El daño debe ser cierto, puede ser material o moral.

"-La relación de causalidad, lazo o relación directa entre causa y efecto, entre el hecho generador de la responsabilidad y el daño.

"-Es responsable no sólo el que obra o el que se abstiene ilícitamente (con culpa) sino también el que lo hace lícitamente(responsabilidad objetiva o riesgo creado).

"-La fuerza mayor en algunos casos y la exclusiva culpa de la víctima, tienen sobre la acción de responsabilidad civil el mismo efecto preclusivo porque suprime el lazo de causa a efecto."¹⁷³

Por su lado el Doctor Luis Muñoz, señala que: "Responsabilidad es la obligación de reparar los daños y resarcir los perjuicios consecuencia de un

¹⁷³ Roberto Sanroman Aranda. Fuente de las Obligaciones. Primera Edición. Editorial Mc Graw-Hill Interamericana editores S.A. de C.V., México 1998, pág. 81.

comportamiento propio o ajeno, o por el defecto de la cosa u objetos inanimados o de los animales.”¹⁷⁴

El autor en cita, distingue las siguientes especies de responsabilidad civil y explica:

1. La responsabilidad contractual surge cuando se infringe un vínculo obligacional preexistente, extendiéndose al incumplimiento de las obligaciones cuya fuente es una declaración unilateral de voluntad, de conformidad con el artículo 1859 del Código Civil del Distrito Federal.

Lo anterior es así ya que el código civil dispone que el que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios, de conformidad con el artículo 2104 del ordenamiento citado. Del mismo modo está obligado al pago de los daños y perjuicios el que estando obligado a no hacer un alguna cosa, contraviene tal obligación.

2. La responsabilidad extracontractual, fundada en la realización de un acto ilícito, en el resultado de la gestión de negocios y en el riesgo creado.
3. La responsabilidad objetiva que no requiere el elemento culpa, y que precisa de probar el daño, y la relación causa efecto, no siendo necesaria la intención de dañar, ni la imprudencia.¹⁷⁵

La responsabilidad objetiva, regulada en el artículo 1913 del Código Civil del Distrito Federal, establece que: “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la

¹⁷⁴ Derecho Civil Mexicano, Tomo III. Novena Edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1971. pág.

114.

¹⁷⁵Idem.

velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva e inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que se demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

En atención a la importancia de la responsabilidad objetiva, que se traduce en el daño que aún sin culpa de las partes en el contrato de franquicia, pudiere originarse, a los terceros a la relación contractual, con motivo del uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva e inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, conviene esclarecer en que consiste tal responsabilidad.

En éste sentido, el Doctor Luis Muñoz explica la definición legal como sigue: “Efectivamente, cada uno de dichos objetos, por condiciones de su naturaleza, lleva en potencia un peligro para la vida, la integridad personal y el patrimonio de quienes los manipulan o de quienes por accidente se ponen en relación directa con él, y por tanto sufren sus efectos nocivos.

“Esta particularidad del objeto hace que éste cree por sí un riesgo evidente y por ende previsible: riesgo cuyas consecuencias deben recaer sobre quien haga uso del objeto, ya que al usuario sabe perfectamente el riesgo que corre. El usuario, pues, desde el instante mismo en que ejerce el uso, adquiere voluntariamente la obligación de responder por cuantos daños origine el objeto.

“Hay como una declaración unilateral de voluntad del usuario en el sentido de considerar responsable, frente a la persona indeterminada que puede ser víctima del objeto nocivo, de cuantos daños y perjuicios ésta pueda sufrir. La

declaración se considera expresa desde el momento en que la persona responsable hace uso del objeto que lleve consigo inmanente el riesgo creado."¹⁷⁶

Por su parte el Profesor Rafael Rojina Villegas, al estudiar la responsabilidad objetiva señala que:

"Los elementos que podemos precisar de ésta nueva fuente, producto principalmente del maquinismo y de la industria moderna son los siguientes:

- 1º El uso de cosas peligrosas,
- 2º La existencia de un daño de carácter patrimonial,
- 3º La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

"Tomando en cuenta que exclusivamente se parte de esta relación causal entre el hecho, o sea el uso de cosas peligrosas, y el daño producido, se le ha llamado teoría de la responsabilidad objetiva, en la cual se parte de un elemento estrictamente personal, o sea, la negligencia, la culpa o el dolo. En cambio, en la teoría de la responsabilidad objetiva se prescinde de éste elemento interno o subjetivo, para tomar en cuenta sólo un conjunto de datos de carácter objetivo, consistentes en el uso de cosas peligrosas, en el hecho de que causan un daño de carácter patrimonial y en la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño."¹⁷⁷

En éstas condiciones, las partes contratantes de la franquicia, están obligados a responderse recíprocamente por el daño o perjuicio que se llegaren a causar por el incumplimiento de sus obligaciones, derivadas del contrato celebrado, pero además, deberán responder ante terceros por su actuación aunque no medie culpa, salvo el caso fortuito o la fuerza mayor; cuando ocasionen algún daño o perjuicio a los terceros a la relación contractual.

¹⁷⁶ *Ibidem* pág. 115.

¹⁷⁷ Rojina Villegas, Rafael. *Op.Cit.* pág 275.

Es de resaltar que según el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2108 señala que: "Por daño se entiende la pérdida o el menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.", esta puede ser contractual, o consistir en dejar de observar algún deber de cuidado que las circunstancias impongan, según la naturaleza y objeto de la franquicia.

Del mismo modo, el artículo 2109 del mismo ordenamiento en comento, señala que: "Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación." En éstas condiciones el problema se presenta al momento de decidir cuál de las partes contratantes de la franquicia debe responder ante terceros por la responsabilidad antes definida.

Como se ha observado, la responsabilidad es una necesidad de reparación de algún daño o perjuicio, causado entre las partes por el incumplimiento de alguna convención contractual, reparación que se traduce en el restablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes de la comisión del daño o perjuicio, cuando ello es posible, o bien; con el pago al afectado de la correspondiente indemnización.

Del mismo modo, la responsabilidad puede ser, siguiendo la doctrina citada extracontractual, esto es; cuando previamente no existe vínculo alguno entre el responsable y el afectado, y tal vínculo nace al momento de verificarse el daño o perjuicio, en contra de terceros en éste caso ajenos al contrato de franquicia, que como se ha visto, tal afectación puede ser con culpa a sin ella por parte del responsable, quedando frente al tercero igualmente obligado al pago de la indemnización correspondiente, o al restablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes de la verificación de la afectación, si ello es posible.

El problema se presenta en el momento de definir, cuando se ha ocasionado un daño o perjuicio a un tercero a la relación contractual de la franquicia, quién o quiénes de los contratantes y en que medida deben responder

por el mal causado, pues como se ha visto en los epígrafes anteriores, la Ley no menciona nada al respecto, ni la doctrina especializada aborda el tema, pese a la importancia del mismo.

4.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE

Para comprender la responsabilidad de las partes en el contrato de franquicia frente a terceros, es necesario hacer un análisis de las obligaciones de cada una de las partes contratantes, tomando en cuenta que tales obligaciones constituyen los derechos de cada contraparte contractual, iniciando con los del franquiciante, por lo que se debe destacar que esas obligaciones serán respectivamente los derechos correlativos del franquiciatario.

De este modo, siguiendo la doctrina del Profesor Óscar Vásquez del Mercado se encuentran las siguientes obligaciones del franquiciante:

1. Ofrecer al franquiciatario la asistencia técnica indispensable sobre cómo establecer el negocio, e instruirlo para que su operación sea óptima.
2. Proporcionar un juego de sus manuales, los cuales deberán contener las instrucciones, requerimientos, estándares, especificaciones, métodos y procedimientos para la operación del negocio, Siendo responsabilidad del franquiciatario, mantener dichos manuales en constante actualización.
3. Revisar la construcción y decoración del local correspondiente, así como la designación de quien lo construirá, modificará, adaptará o decorará el local respectivo.
4. Realizar un programa de capacitación y entrenamiento para el personal de producción, de servicios, el gerente, los cajeros y los supervisores del franquiciatario.

5. Proporcionar un equipo de especialistas en operaciones del sistema, asistencia y desarrollo de programas de mercadotecnia y publicidad.
6. Inspeccionar y evaluar periódicamente el negocio respecto de la operación del mismo.¹⁷⁸

El citado autor también hace referencia a un tipo de responsabilidad contractual, la que en la práctica se estila manejar, estimando que sería ideal que la legislación la previera dada su relevancia, ya que el franquiciatario realiza una fuerte inversión y movilización de recursos de toda índole para contratar y poner en marcha el negocio, por lo que al menos, el franquiciante debería garantizar legalmente el uso pacífico de la marca o marcas materia de la franquicia, por ello, el Maestro Óscar Vásquez del Mercado afirma:

"El franquiciante asume la responsabilidad, en su calidad de titular único de los derechos de explotación de las marcas y nombres comerciales del sistema, en caso de que éstas o su uso invadan derechos de propiedad intelectual de terceros, obligándose a mantener en paz y a salvo a los franquiciatarios por cualquier reclamación que por ese concepto reciban."¹⁷⁹

Por su parte, Juan D'Costanzo y coautores señalan como obligaciones del franquiciante las siguientes:

a). Comprometerse a través del contrato, a dar asesoría y servicio al franquiciatario. Debiendo existir toda una planeación para especificar cuáles serán éstos servicios. Pues el éxito de las franquicias está altamente ligado al servicio que el franquiciante proporcione.

b). Proporcionar al franquiciatario la capacitación de su personal técnico y operativo, así como apoyo para seleccionar la ubicación, los manuales de operación y asesoría en la administración y mercadotecnia.

¹⁷⁸ Cfr. Vásquez del Mercado, Óscar. Op. Cit. pág. 183.

¹⁷⁹ Idem

c). Fijar estándares, y técnicas para lograr la uniformidad de los productos, bienes o servicios, y garantizar con ello la calidad de los mismos.

d). Aclarar al franquiciatario los derechos y obligaciones en relación con la marca registrada.¹⁸⁰

Así mismo, el Profesor Javier Arce Gargollo, menciona como otras obligaciones del franquiciatario las de:

- I. Conceder la licencia de uso de marcas, ya que ésta se constituye como un elemento esencial en el contrato de franquicia, siendo ésta obligación la diferencia entre el contrato que se estudia con los de suministro, distribución o de simple transferencia de tecnología.
- II. Autorizar el uso del nombre comercial, notándose que el nombre o aviso comercial no siempre será materia del contrato de franquicia, y en tal caso deberá especificarse, la forma y términos para su uso.
- III. Concesionar la explotación de patentes, cuando el tipo de producto o servicio, o ambos, materia de la franquicia, requieran para su ejercicio la autorización para la explotación de una o más patentes. En este caso, el concedente deberá especificar las patentes registradas, los productos o procedimientos que ampara y proveer de la tecnología y transmisión de conocimientos al franquiciatario para una eficaz explotación de las mismas.

Proveer la tecnología necesaria, lo que viene a ser una obligación compleja ya que incluye los conocimientos técnicos, medios y procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología.

e). Otras obligaciones:

e.1. Proveer al franquiciatario de la mercancía, materia prima o producto determinado que sea exclusividad del franquiciante.

¹⁸⁰ Cfr. Di Costanzo, Juan y coautores. Op. Cit. págs. 10-11.

e.2. Para el caso de que el objeto de la franquicia este dado por algún producto elaborado por el franquiciante, éste deberá surtirlo oportunamente en la cantidad y calidad pactada.

f). Otras obligaciones varias, que sólo operarán, conforme al tipo específico del giro y naturaleza particular de negocio franquiciado:

f.I. En aquellos contratos de franquicia en los que el concesionario es distribuidor, otorgar en comodato el uso de equipo o instalaciones apropiadas para la explotación de la negociación, debiéndose pactar cuál será la parte por quien correrán los gastos de mantenimiento y reparaciones.

f.II. Aportar recursos económicos para la publicidad, en los casos en que ésta sea necesaria para la promoción y venta de los productos o servicios objeto del giro comercial de que se trate.

f.III. Procesar la información contable, financiera, de producción y comercial del franquiciatario, cuando el negocio lo requiera.

f.IV. Financiar en su caso y auxiliar al franquiciatario en la obtención de financiamientos para el desarrollo de la franquicia.¹⁸¹

De lo expuesto conforme a la doctrina especializada, se establecen las obligaciones del franquiciante, previéndose algunos en la ley y otros como resultado de la observación de la práctica comercial. Así se destaca, que todo ese catálogo de obligaciones que a su vez son los derechos del franquiciatario, estan encaminados a asegurar la puesta en marcha del negocio, su debida operación y administración, así como el cumplimiento en el pago de las regalías, pero no se refieren ni aún en forma indirecta a regular la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, al recordar que el Profesor Óscar Vásquez del Mercado, hizo un comentario relacionado con el tema a estudio, al mencionar que el franquiciante, asume la responsabilidad como titular de los derechos de franquicia, cuando la

¹⁸¹ Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. págs. 53-57.

explotación de la marca y nombres comerciales, invadan derechos de propiedad intelectual de "terceros", obligándose a mantener en paz y a salvo a los franquiciatarios frente a cualquier reclamación.

En éste sentido, lo dicho por el autor citado, surge como mera doctrina, por lo que no obliga sino a los contratantes entre sí, que así lo hayan pactado, luego entonces; surge la necesidad de regular no sólo el rubro abordado por el autor en comentario, ya que es sólo una parte de la responsabilidad que puede surgir entre los contratantes frente a terceros, toda vez que no resuelve el problema por no abarcar en su totalidad la responsabilidad que se ha estudiado, pero se observa un intento de regulación contractual de la responsabilidad que pesa sobre el franquiciante en materia de derechos industriales, y que se da a falta de previsión legal.

Ahora bien, se debe hacer mención que en el epígrafe marcado como 3.2. de ésta investigación, se habló de las obligaciones del franquiciante reguladas por el Reglamento de la LPI, en su artículo 65, el cual establece que éste último deberá proporcionar a los prospectos para ser franquiciatarios, cuando menos la siguiente información:

- "1. Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;
- "2. Descripción de la franquicia;
- "3. Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia;
- "4. Derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia;
- "5. Montos y derechos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante.

- "6. Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario;
- "7. Definición de la suma territorial de operación de la negociación que explote la franquicia;
- "8. Derechos de franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo;
- "9. Obligaciones del franquiciatario respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y;
- "10. En general las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia."

En efecto, del Reglamento de la LPI, se obtiene que el franquiciatario deberá proporcionar a los interesados en el negocio, todas y cada una de las exigencias antes enumeradas, las cuales tanto la práctica comercial como la doctrina especializada, han coincidido en manejar como obligaciones del franquiciante a favor del franquiciatario, del mismo modo, se manejan como derechos correlativos del franquiciatario, no sólo previo a la celebración del contrato, sino durante la firma y vigencia del mismo, observándose de nueva cuenta la falta de regulación expresa con relación a la responsabilidad de las partes frente a terceros.

4.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO

Del mismo modo, resulta de interés estudiar las obligaciones del franquiciatario que son los derechos correlativos del franquiciante, ya que como resultado de dicho análisis se podrán establecer las obligaciones que se deben fincar entre las partes contratantes, con relación a los terceros a la franquicia, por tanto, huelga a su vez, analizar primeramente, las obligaciones contractuales del

franquiciatario conforme lo expuesto por el Profesor Óscar Vásquez del Mercado como sigue:

1. Obtener y mantener vigentes los permisos, autorizaciones, licencias, clasificaciones y demás autorizaciones que sean requeridas para el funcionamiento y operación del negocio. El franquiciatario deberá enviar a su contraparte copia de dicha documentación antes de la apertura del negocio.
2. Designar al momento de la firma del contrato un responsable del seguimiento de las obras de construcción, adaptación y/o equipamiento del local donde vaya a operar el negocio franquiciado, a efecto de que cumpla con los planes y especificaciones del franquiciante, continuando con los lineamientos, directrices e instrucciones del éste último a fin de que la fachada e imagen exterior del local sean compatibles con la imagen del sistema.
3. Someter a la aprobación por escrito del franquiciante, cualquier modificación que desee hacer a la imagen interna o externa del negocio y en todo momento, hacer las modificaciones indicadas por el franquiciante, a efecto de mantener la uniformidad de la imagen del negocio.
4. Cumplir con los estándares de apariencia, uniformidad y calidad que señale el franquiciante, a fin de satisfacer los estándares del sistema, del negocio, en todo trabajo de construcción o remodelación, de decoración e imagen interior.
5. Adherirse a los estándares y políticas del franquiciante, para el mejor manejo de todos los negocios dentro del sistema.
6. Cumplir con los estándares y políticas establecidas por el franquiciante, en conexión con el uso de las marcas del sistema, lo que constituirá por parte del público la aceptación e identificación del negocio y el sistema mismo.

7. Utilizar las instalaciones estrictamente para la operación, del negocio en su giro correspondiente, y mantenerlo abierto al público en condiciones normales de operación; conservando en óptimo estado durante la vigencia del contrato, al igual que las instalaciones, mobiliario, anuncios y equipo dentro y fuera del local, tal y como se señale en los manuales y en cualquier otra comunicación.
8. Adquirir de proveedores distintos a los autorizados por su contraparte, sólo los productos que no puedan ser surtidos por el franquiciante siempre y cuando le otorgue la autorización expresa y por escrito, respetando las condiciones de negociación que éste último realice con los proveedores autorizados.¹⁸²

Como complemento al tema de las obligaciones a cargo del franquiciatario el Profesor Javier Arce Gargollo señala las siguientes:

"a) Usar las marcas. El franquiciatario no sólo tiene derecho a usar las marcas de productos o servicios que autoriza el franquiciante, sino tiene en ocasiones, deber u obligación de usarlas. La falta de uso de las marcas como usuario autorizado para determinado país o territorio puede originar que las marcas caduquen para su titular por falta de uso.

"El uso autorizado de una marca de equipará al efectuado por el titular de la misma para los efectos legales a que haya lugar (artículo 141 LPI). El usuario registrado podrá tomar las medidas legales tendientes a impedir la falsificación, imitación o uso ilegal de la marca (artículo 140 LPI).

"El franquiciatario debe usar la marca conforme a lo establecido en el contrato de franquicia y, a falta de pacto, o como complemento de éste, el franquiciatario debe hacerlo tal como fue registrada, aplicarla a productos o

¹⁸² Cfr. Vásquez del Mercado, Óscar. Op. Cit. págs. 583-585.

servicios con la calidad, forma y naturaleza equivalentes a los fabricados o prestados por el concedente y, deberá indicar que el franquiciatario es usuario autorizado o vende los productos y presta los servicios de dichas marcas con licencia del titular(artículo 139 LPI)".

"b) Usar los nombres comerciales y explotar las patentes. Igual que las marcas, el franquiciatario tiene derecho a usar los nombres comerciales –y los avisos comerciales- así como explotar las patentes. Pero, éstos derechos significan también obligaciones para el franquiciatario, pues el derecho sobre el nombre comercial se pierde si no se usa en un establecimiento, respecto a la patente es obligación explotarla de lo contrario caduca según artículos 73 y 80 de la LPI.

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

"d) Cumplir los requerimientos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos. El uso de la tecnología y su aplicación en la explotación de la negociación con todo lo que ello implica debe hacerlo el franquiciatario de acuerdo a las reglas, normas, estándares que le fija el franquiciante.

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

"-Seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación.

"-Preparar y seguir los sistemas de contabilidad y los reportes financieros en la forma que señale el franquiciante.

"-Contratar determinada clase de personal y someterlo a entrenamiento.

"-Mantener un horario mínimo al día de servicio a clientes.

"-Reacondicionar y renovar periódicamente el local y mantenerlo en condiciones de higiene y presentación propias del franquiciante.

"-Adquirir del franquiciante o de ciertos proveedores sólo la clase de materia prima, equipos, partes, productos o servicios indicados por él.

"-Vender a los precios y condiciones que señala el franquiciante, toda vez que debe existir una total identificación de todos los productos que expenden los franquiciatarios con la empresa franquiciante.

"f) Pagar la contraprestación económica pactada, la cual se constituye en una de las más importantes obligaciones del franquiciatario cuyo pago puede ser mediante:

"I) Pago inicial de una cantidad fija. No por producto alguno, servicio o tecnología, sino simplemente por el privilegio de obtener la franquicia y ser franquiciatario.

"II) El pago periódico de regalías como contraprestación por la continua asistencia y tecnología que proporciona el franquiciante para que la negociación mercantil siga operando. Ésta regalía es contraprestación por el uso de marcas, nombres, avisos comerciales y explotación de patentes. En el contrato se puede fijar que porcentaje sobre la base de regalías corresponde cada rubro.

"g) Informar periódicamente. El franquiciatario debe informar al franquiciante el desarrollo de la negociación mercantil. Esto tiene múltiples objetos; por ejemplo, para determinar las regalías periódicas sobre los resultados obtenidos, así como verificar el cumplimiento de normas, uniformidad de productos y servicios prestados.

"i) Guardar secreto. El franquiciatario, está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología o la operación misma del negocio, o la propia franquicia, lo que implica no comunicar o usar, en beneficio que no sea propio, la tecnología,

conocimientos, Know how, y cualquier clase de información recibida del franquiciante.

"j) No vender o explotar otros productos o servicios. El franquiciatario es, en principio, un usuario exclusivo de la tecnología y solamente puede utilizarla para explotar un negocio en los términos que se contrató la franquicia.

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

"l) Cooperar en la publicidad. En algunos productos o servicios, la publicidad que realiza el franquiciante beneficia a todos los franquiciatarios de modo que algunas veces se impone a éstos la obligación de contribuir con los gastos de publicidad.

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

"n) A la terminación. El franquiciatario debe discontinuar con el uso de la franquicia lo que supone dejar de usar las marcas, nombres y aviso comerciales, y la explotación de patentes, así como de toda la tecnología proporcionada por el franquiciante. dejar de hacer negocios y operar la negociación bajo el nombre del franquiciante o de cualquier manera que pueda causar confusión en el público y a los consumidores que crean que sigue existiendo la relación de franquicia."¹⁸³

Es de resaltar que la mayor parte de las obligaciones contractuales que se han estudiado, han sido emanadas de la doctrina y de la práctica comercial

¹⁸³ Arce Gargollo, Javier. Op.Cit. págs. 60-63.

internacional, ya que la LPI menciona sólo algunos aspectos característicos del contrato de franquicia, sin regular debidamente las relaciones comerciales entre los contratantes ni de éstos para con los consumidores o terceros, acusando la necesidad de la regulación legal del contrato de franquicia en lo correspondiente a la responsabilidad.

4.4. DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Sobre los derechos del consumidor, se tiene una basta regulación dispuesta en la Ley Federal de Protección al Consumidor, léase en lo subsecuente LFPC, la cual precisamente inicia indicando que su objeto es la promoción y protección de los derechos del consumidor, para procurar la equidad y seguridad jurídicas en las relaciones entre proveedores y consumidores, de suerte que sus preceptos son de orden público e interés social y de observancia general en toda la República Mexicana, además de ser irrenunciables, por lo que no se podrá negar su aplicación alegando costumbres, usos, prácticas ni pacto en contrario.

En efecto, el artículo 1º párrafo primero, de la LFPC dispone: **“La presente Ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas o estipulaciones en contrario.”**

Del mismo modo, en su artículo segundo la Ley en comento aclara el término consumidor y señala quién puede ser considerado como tal para efectos de la propia Ley, en los siguientes términos: **“Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios...”**

Ahora bien, la ley dispone que únicamente tendrá la calidad de consumidor y podrá ser sujeto de los derechos que consigna la ley federal de mérito, quien sea

destinatario final, sea persona física o moral, de algún bien, producto o servicio, por lo que éstos últimos no deben circular más por medio de actos de comercio, para que el consumidor final no pierda ese carácter y la protección legal de ésta Ley.

En el caso del franquiciatario, puede afirmarse que no es un consumidor aunque haya aceptado adquirir una franquicia que se ofreció en el mercado, esto es, al público en general (acto que se conoce como "oferta o circular de la franquicia"), en primer término por que lo que se está ofreciendo no es un satisfactor, bien, producto o servicio, sino un negocio jurídico de orden mercantil, en segundo término, porque el franquiciatario aunque adquiera insumos del franquiciante para cumplir con el objeto del negocio, se encuadra en la hipótesis legal del segundo párrafo del artículo segundo, parte segunda de la LFPC, que a letra dice:

"No es consumidor quien adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros;"

En éstas condiciones, la adquisición que realice el franquiciatario será necesariamente para integrarla a procesos de producción, especulación comercial o transformación, por tanto no se considera como consumidor para efectos de la protección de los derechos resguardados por la LFPC, lo que puede resultar injusto para el franquiciatario, quien prácticamente es un consumidor de los servicios bienes o productos que le provee el franquiciante, sin embargo la diferencia jurídica estriba, en que éstos últimos no son satisfactores, esto es; no satisfacen una necesidad elemental o suntuosa del consumidor, sino un afán de especulación comercial por el interés personal de lucro por parte del franquiciatario.

Ahora bien, ambos contratantes en la franquicia, pueden ser proveedores en términos de la fracción segunda del artículo en comento el cual define al proveedor como **“...la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios.”**, en este sentido, el franquiciante en algunos casos es proveedor del franquiciatario, pero a título particular, esto es, únicamente contrata con éste último, sin tratar con los últimos consumidores, ni tener relación directa con ellos.

A su vez, el artículo 9 de la LFPC, señala que: “Los proveedores de bienes o servicios incurrir en responsabilidad administrativa por los actos propios que atenten contra los derechos del consumidor y por los de sus colaboradores, subordinados y toda clase de vigilantes, guardias o personal auxiliar que preste servicios en el establecimiento de que se trate, independientemente de la responsabilidad personal en que incurra el infractor.”

Del precepto en cita, se desprende la responsabilidad de orden exclusivamente administrativa en la que pueden llegar a incurrir los proveedores de bienes o servicios, que sean franquiciatarios, por actos propios o del personal a su servicio que vulneren los derechos del consumidor. El problema se presenta cuando el afectado pretende demandar desconociendo quiénes o quién es el dueño del establecimiento y a quién deberá demandar. Por lo que es de preguntarse ¿Qué pasaría si los bienes del franquiciatario no son suficientes para responder del daño?

La respuesta es que se encuentra en estado de indefensión, pues sí el daño es mayor a los bienes del franquiciatario, el ofendido no tiene acción en contra del franquiciatario, para exigir de éste la reparación del daño, pues franquiciante y franquiciatario aunque comparten el mismo nombre comercial se manejan con personalidad y patrimonio propios e independientes, por tanto la víctima no puede demandar a uno u otro indistintamente, corriendo el riesgo de

tener un crédito incobrable, lo cual resulta injusto pues como se ha observado también el franquiciante gana dinero periódicamente con la operación del negocio franquiciado.

Por otro lado, cabe reflexionar, que no sería justo obligar al afectado a indagar sobre la relación existente entre los contratantes de la franquicia, y tampoco sería equitativo, arrojar toda la responsabilidad al proveedor inmediato, pues para el caso de que sus bienes no basten para cubrir el daño, es de pensarse que también el franquiciante debería responder solidariamente, ya que también lucró con la franquicia otorgada de lo contrario burlaría la acción de la justicia, en perjuicio del afectado.

4.5. LA RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIANTE FRENTE A TERCEROS

Se han estudiado los derechos y obligaciones de las partes contratantes de la franquicia, sin encontrar concretamente ninguna disposición legal o doctrinaria alguna, que se refiera a quiénes o quién de ellos responde frente a los terceros, ni específicamente a los consumidores en caso de ocasionar algún daño o perjuicio, pese a la tendencia comercial, en el sentido de responsabilizar al franquiciante, de las reclamaciones que algún tercero haga valer sobre sus derechos de propiedad industrial, que invada éste último y que sean materia de la franquicia.

Sin embargo, existen otras personas que no han sido consideradas por la doctrina, ni por la escasa legislación industrial que aborda el tema de las franquicias en México, quedando en una posición de indefensión o vagando en la confusión de la defensa de sus derechos. Tales personas son los terceros que

directa o indirectamente se ven involucrados en la disputa de derechos y obligaciones de los contratantes.

En efecto, esos terceros si bien ajenos a la contratación personal de la franquicia, sí tienen un interés comercial en que se les brinden los productos franquiciados en óptimas condiciones y con la mejor calidad; desde luego también pueden ser desde trabajadores del franquiciatario o de ambas partes, o cualquier persona perjudicada por la responsabilidad objetiva o civil por trabajadores de las partes.

En éste sentido también se debe tener presente al fisco, quien también puede resultar perjudicado en sus funciones recaudadoras de impuestos, por cualesquiera de las partes contratantes, actualizándose claramente la necesidad de regular la responsabilidad de los contratantes, pues como se ha observado, el franquiciante tiene la vigilancia de los asientos contables del franquiciatario, por tanto perfectamente sabe si éste último ha evadido o se encuentra al corriente en sus obligaciones fiscales, por tanto se sostiene la necesidad de regulación de la responsabilidad, para aclarar legalmente hasta que medida y quién debe responder de la responsabilidad frente a terceros.

Lo anterior encuentra apoyo en el análisis que sobre el tema refiere el autor argentino Osvaldo Marzorati en los siguientes términos:

“En el contrato de franquicia las partes son independientes. Pero aunque la relación entre ellas, es la de cooperación, no se establece sobre la base de la igualdad, puesto que el franquiciante tiene una posición dominante. Ésta posición dominante se hace evidente en el control que ejerce sobre la empresa del franquiciatario y en particular, sobre su contabilidad y publicidad. Sin embargo, éste control es necesario para la eficacia de la fórmula otorgada por el franquiciante, que presupone el mayor grado de homogeneidad

posible para que el nuevo negocio franquiciado opere como los ya existentes; debe haber una observancia de las previsiones relativas a la calidad de los productos, uniformidad de precios, métodos de publicidad, venta, administración, contabilidad, capacitación del personal, relación con los clientes etc. El control que se ejerce sobre los métodos de contabilidad, por ejemplo, tiene varios propósitos: la inspección de los libros puede ser útil para determinar la situación del mercado, fijar las regalías y estimar la posición económica del franquiciatario."¹⁸⁴

De lo anterior, queda claro que efectivamente existe una posición dominante del franquiciante sobre el franquiciatario, toda vez que el primero de ellos prácticamente decide toda la organización operativa y hasta contable del segundo, pues tal injerencia va desde aprobar el local comercial en que operará la franquicia, hasta dictar los criterios de elección de personal, apariencia uniforme del negocio en todos los aspectos y controlar la calidad de los productos o servicios prestados.

Por otro lado, el citado autor argentino expone una serie de reflexiones que ilustran la necesidad de regulación de la responsabilidad frente a terceros de las partes en el contrato de franquicia, enfocando su atención a los trabajadores del franquiciatario, que indudablemente siguen siendo terceros a la relación contractual de la franquicia como sigue:

"Si el control que ejerce el franquiciante es excesivo corre el riesgo de ser considerado un empleador del franquiciatario, cuando éste último es una persona física. En rigor conceptualmente, desde una óptica nacional, el problema es doble: a) ¿es el franquiciatario un empleado del franquiciante? y b) aún cuando el franquiciatario no es un

¹⁸⁴ González Calvillo, Enrique. Op. Cit. págs. 45,46.

empleado del franquiciante, ¿existe responsabilidad laboral entre los empleados del franquiciatario y el franquiciante?

“Alguna jurisprudencia extranjera, si bien aislada, sostiene que en la franquicia existe un contrato de trabajo, puesto que hay un servicio organizado y una relación de subordinación entre la persona que trabaja en dicho servicio y la persona que organiza. Las autoridades locales a fin de determinar las responsabilidades laborales que surgen de tal calificación, deben escrutar la relación entre las partes.

“En cuanto a la segunda interrogante planteada, es prioritario determinar quién fija los sueldos, quién los aumenta, quién concede las vacaciones o las gratificaciones y da las ordenes en general, ya que la decisión sobre éstos elementos, en nuestra opinión, son los que determinan la existencia de una relación laboral. La respuesta normal es que la subordinación técnica y económica de los empleados sólo existe con relación al franquiciatario, quien no es representante o agente del franquiciante y, por ende, no procede la acción contra éste último.

“Si el franquiciatario no es persona física, sino se trata de una compañía, entonces el riesgo que corre el franquiciatario cuando interfiere en la administración del franquiciatario es el de ser considerado el verdadero administrador de la compañía franquiciada, con todas las consecuencias que derivan de ello y, en particular, el resultar patrimonialmente responsable en caso de quiebra.”¹⁸⁵

En éstas condiciones, al observar el caso argentino, se aprecia la tendencia a entender que no sólo se puede responsabilizar al franquiciatario frente a terceros como lo son los trabajadores de éste, sino que además, al descubrir que la influencia y control en los mecanismos operativos y administrativos que ejerza el franquiciante sobre su contraparte, se desprenda que es excesivo, se considera al

¹⁸⁵ Ídem.

primero como patrón del segundo, lo que se traduce, que no sólo se libera de la responsabilidad al franquiciatario, sino que se arroja en su totalidad al franquiciante-patrón.

En México, se presentan las mismas interrogantes antes expuestas, pues como se observa dada la complejidad para fijar las regalías, se vuelve un derecho y una necesidad del franquiciante revisar la contabilidad y administración del negocio franquiciado, pero si ese control es excesivo, bien puede considerarse al franquiciante como patrón en el mejor de los casos, como representante sin facultades del franquiciatario, pues él es quien fija las directrices administrativas por las que se debe operar el negocio, so pretexto además de lograr la uniformidad del sistema de franquicias.

En el caso que nos ocupa y, a manera de ilustrar la responsabilidad con un ejemplo actual, difundido por la revista PROCESO, se tiene que el Licenciado Mauricio Halife Daher, promovió como abogado patrono del Sr. Ernesto Barba Gómez una demanda en contra de "McDonald's Sistemas de México S.A. de C.V." por el plagio de avisos comerciales idea del Sr. Ernesto Barba, quien incluso los tenía registrados ante el IMPI bajo el registro 11254. Dicha reclamación se desarrollo en resumen como sigue:

"... La costosa y penetrante campaña publicitaria de sus productos, llevada a cabo con las sociedades demandadas mediante los avisos comerciales LA NUEVA HAMBURGUESA MEXICANA Y LA NUEVA HAMBURGUESA McMEXICANA, aprovechando los enormes recursos económicos con que cuenta, usando los medios publicitarios más caros, como son la televisión y la prensa escrita, en los horarios y espacios más costosos, han provocado que el público ya no identifique el aviso comercial registrado 11254 LA PRIMERA HAMBURGUESA CON

SABOR MEXICANO, de manera exclusiva, con mi representado, que es su legítimo titular, ni con sus usuarios autorizados.

“ A tres meses de dictada la sentencia, McDonad’s se niega a liquidar el adeudo, que se estima en unos cincuenta millones de dólares, pues se prevé interponer demandas en Estados Unidos, Centro y Sudamérica y Europa, donde la empresa habría anunciado la hamburguesa mexicana.”¹⁸⁶

En el caso en comento, subsiste el problema de la responsabilidad, quiénes tienen que responder de ese adeudo de cincuenta millones de dólares, si con tal plagio aumentaron sus ventas y lucraron tanto franquiciante como franquiciatarios, y quizá en mayor medida los franquiciatarios quienes se quedaron con la mayor parte de las ganancias, ¿porqué sólo tendría que responder el franquiciante?.

Sea cual sea, la discusión que sobre la responsabilidad se pueda dar por parte del franquiciante, la verdad de las cosas es que no se encuentra en disposición alguna el límite para fijarla, tampoco se encuentra determinación legal de supuesto alguno para identificarla en México, como se vio en el caso argentino expuesto por Marzorati, lo que sí existe es la discusión sobre el considerar al franquiciatario empleado del franquiciante, con planteamientos válidos para su discusión.

Es así que ha quedado descubierto que el tema de la responsabilidad del franquiciante frente a terceros ha quedado en el aire, al no existir una regulación adecuada que fije los criterios que permitan establecer los límites de responsabilidad del franquiciante, primeramente en forma contractual, para poder partir de una base concreta para definir a la postre el grado y participación de la responsabilidad extracontractual frente a terceros, toda vez que en México no

¹⁸⁶ Ravelo, Ricardo. (articulista) Revista Proceso 1268, Del 18 de Febrero del 2001, Editorial Cisa, Comunicaciones e Información S.A de C.V., pág. 39.

existe expresión alguna ni en la doctrina ni en el ámbito forense que permita definir la responsabilidad del franquiciante.

4.6. LA RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIATARIO FRENTE A TERCEROS

En un principio se podría pensar que la responsabilidad del franquiciatario frente a terceros pesa únicamente sobre él, en atención a que es un empresario independiente del franquiciante, toda vez que aunque realiza el comercio con la imagen empresarial de él y éste controla su funcionamiento, es formalmente independiente al emitir sus propias declaraciones de impuestos, sus propias nóminas, y en general sus contrataciones con terceros, ya que obra en estas circunstancias a nombre propio, por lo que en estricto sentido, es el franquiciatario el único responsable frente a terceros.

Por ello cabe reflexionar, sobre la responsabilidad a su cargo y sin su culpa, esto es; como resultado de la mala actuación del franquiciante, quien mediante un asfixiante cobro de las diversas prestaciones a que tiene derecho, entre ellas las regalías, o simplemente por su inoperante control administrativo, lo puede llevar a la quiebra, o ésta sobreviene por la inexactitud o dolosa información que sobre la oferta de la franquicia le presentó el franquiciatario para obtener la venta de sus franquicias.

Se debe considerar, que la responsabilidad debe ser al menos compartida en función de lo que cada parte se haya enriquecido a costa de su contraparte o visto mermado en su patrimonio por las maquinaciones dolosas de la contraria.

Por otro lado, no se debe perder de vista que el franquiciatario tiene una posición en desventaja frente a su contraparte, en atención a que comúnmente es el franquiciante quien elabora los contratos de franquicia, que son típicamente de adhesión, ya que sólo da la oportunidad al franquiciatario de oponerse a las

cláusulas secundarias del contrato reservándose para sí el derecho de modificar o ajustar las cláusulas principales del contrato, por lo que contractualmente están garantizados los pagos en beneficio del franquiciante, antes que cualquier otro pago.

Además, el franquiciante tiene a su favor el control de todo lo referente a la operación del negocio, contabilidad y en buena medida de la organización empresarial, todo ello en aras del aseguramiento de la identidad de la imagen y cobro a su vez de sus regalías, por lo que existe una estrecha relación entre las partes, ni que decir del perfil que deben reunir los empleados del franquiciatario éstos se deberán adecuar a los criterios de selección impuestos por el franquiciante, amén de que los sueldos e incentivos son determinados por éste último, para obtener una uniformidad administrativa y funcional del negocio.

En estas condiciones es indiscutible la injerencia y por ende la responsabilidad compartida que debería guardar el franquiciante en la operación del nuevo negocio, pues es precisamente él quien implementó toda la gama de operación del negocio y no el franquiciatario, quien se convierte en un ejecutor del sistema de franquicias de que se trate, por lo que es de afirmarse que a falta de regulación de las responsabilidades contractuales y las extracontractuales, se deberán tener en cuenta las anteriores consideraciones para regularlas en forma justa y sobre todo equitativa, buscando en mayor medida la equidad que no se encuentra en los contratos de franquicia.

También, se debe reflexionar, sobre el hecho de que los contratantes de la franquicia fácilmente se esconden, aprovechando la confusión que representa al público en general, el hecho de que manejen el mismo nombre comercial, en todos los establecimientos franquiciados, los cuales tienen distintos dueños, sean personas físicas o morales, con diversos domicilios y patrimonios. Por tanto, los terceros quedan prácticamente en estado de indefensión, de sus derechos al no saber frente a quién ejercerlos.

El anterior problema puede ser resuelto a la manera en que operan las franquicias de "PEMEX", las cuales en todos sus establecimientos se lee la palabra "FRANQUICIA" lo mismo que en los uniformes de sus empleados, lo cual permite conocer al público en general que esta tratando con un dueño distinto de "PEMEX", y que los empleados de la gasolinera no son de ésta última sino de un dueño distinto o franquiciatario.

Por ello es de considerarse la exigencia a los dueños, de los establecimientos franquiciados, para que tanto en su nombre comercial, como en los uniformes de los empleados se exponga a la vista la leyenda "FRANQUICIA" a efecto de que el público consumidor y terceros en general reconozcan la calidad de la empresa con la que tienen relación alguna; además de que se publique en lugar visible del local los nombres y domicilios de las empresas o persona físicas que hagan las veces de franquiciantes y franquiciatarios. Lo anterior para efectos de evitar que los contratantes de la franquicia se sustraigan o retarden fácilmente la acción de la justicia, evadiendo sus obligaciones por medio del anonimato que representa el actuar con el mismo nombre comercial y ser personas distintas al mismo tiempo.

4.7. PROPUESTA PARA REGULAR LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA FRENTE A TERCEROS

La regulación de la responsabilidad de las partes en el contrato de franquicia, se debe considerar partiendo de un principio de justicia y equidad, para ajustar el desequilibrio contractual que en la práctica se da en favor del franquiciante, por lo que se proponen adiciones al artículo 142 de la LPI, identificadas alfabéticamente con las letras "A" a la "E", las cuales se consideran propias del estudio del legislador y de la doctrina para que ya sea a través de la

legislación o de una teoría más fresca y verdadera, pueda influirse en el mejor manejo del contrato de franquicia, en beneficio de las partes y sobre todo de los consumidores. Estas son las propuestas:

142-A. El franquiciante será responsable de los daños y perjuicios que se causen al franquiciatario para el caso de proporcionar la información a que se refiere la segunda parte del artículo 142, en forma inexacta, falsa o incompleta, que produzcan una apreciación errónea de la realidad del negocio.

142-B. El franquiciatario será responsable del desuso o mal uso que efectúe de la marca contratada, o de la alteración de las características cualitativas o cuantitativas de los bienes o servicios motivo de la franquicia con el correspondiente detrimento en el prestigio o imagen de la marca.

142-C. El franquiciante deberá transmitir la licencia de uso de marca o marcas siempre que estén debidamente registradas ante el Instituto, y deberá inscribir el contrato de franquicia ante este último en forma inmediata a su celebración, siendo imputable de la falta de inscripción del contrato, respondiendo por los daños y perjuicios que en ambos casos provoque al franquiciatario o a terceros.

142-D. Siempre que no exista, dolo, mala fe, culpa o negligencia de parte del franquiciatario, en el manejo del negocio, ambas partes serán solidariamente responsables ante terceros por las obligaciones adquiridas por el franquiciatario o generadas por el desarrollo del negocio, conservando el franquiciante la acción para repetir por lo pagado en contra del franquiciatario.

142.E. Todo negocio franquiciado deberá ostentar visiblemente la leyenda "franquicia" así como los nombres y domicilios del franquiciante y

franquiciatario, la omisión o inexactitud de esos datos, será responsabilidad única del franquiciatario frente a terceros, quien quedará sujeto a las sanciones administrativas y penales independientemente que le puedan corresponder.

Lo anterior se propone como adición en virtud de que en México las franquicias tienen gran importancia en su vida comercial, e imponen la necesidad de una regulación más específica, que regule tanto las responsabilidades entre las partes, como de entre ellas y los terceros, ya que como se ha explicado, se observa la ausencia de una regulación que contemple la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad a quien efectivamente la tenga, dejando en la vaguedad un tópico primordial.

A continuación se exponen los motivos de las propuestas planteadas:

Se propone la adición del artículo 142-A, ya que se considera necesario imponer la responsabilidad a cargo del franquiciante, para el caso de ofrecer la circular de una franquicia, y que éste proporcione en forma falsa, dolosa, o inexacta, la información financiera y en general del estado que guarda la empresa, ya que ello produce una apreciación irreal por parte del adquirente, quien va a erogar una fuerte suma de dinero y trabajo para hacerse de un negocio propio; y si lo que está pagando es el prestigio e imagen de una marca que carece de un respaldo sano de la empresa matriz, entonces está sujeta al fracaso o a pérdidas que pueden ser hasta el embargo de la misma marca en perjuicio de terceros como proveedores o trabajadores.

Se propone la adición del artículo 142-B, en atención a que el responsable del desuso de una marca debe tener la obligación de pagar los daños y perjuicios que ello conlleve, toda vez que después de un determinado tiempo de no uso proviene la caducidad de la marca y entonces un tercero puede utilizarla en su favor en detrimento de los derechos industriales de su titular, siendo claro que la

alteración en la calidad prestigio o imagen de los productos o servicios por parte del franquiciatario va en demérito de los mismos derechos industriales del franquiciante y se debe resarcir por esos daños.

Se propone la adición del artículo 142-C, a la LPI, ya que al exigir que la marca materia de la franquicia esté previamente inscrita en el IMPI, se previene la duplicidad de usuarios de una misma marca, o que franquiciantes poco escrupulosos enajenen derechos sobre marcas de dudosa procedencia o titularidad, por lo que debe ser a su cargo la inscripción inmediata de la franquicia ante el Instituto, para evitar conflictos, y asegurar que los derechos que se transmitieron a los franquiciatarios surten plenos efectos contra terceros.

Se propone la adición del artículo 142-D, en abono a la equidad y partiendo de la base de que ambas partes están corriendo el riesgo en la ejecución del negocio de la franquicia, por la que también a su vez ambas partes están ganando dinero por la operación del negocio. En tales condiciones es de equidad que ambos sean solidarios en el pago de las responsabilidades en que incurra el franquiciatario frente a terceros, conservando acción para repetir en su contra por parte del franquiciante.

Se propone además la adición del artículo 142-E, en atención a que con ello se combate el anonimato en el que fraudulentamente se puedan esconder las partes contratantes de la franquicia, pues se obliga a publicar los nombres del franquiciante y franquiciatario, sus domicilios y sus calidades de contratantes, frente al público en general.

Es así, como mediante una correcta regulación de la responsabilidad de las partes contratantes en las franquicias, se puede llegar a la adecuada protección de los derechos de las partes entre sí, y de las mismas ante terceros, saldando el vacío legislativo que en esa materia existe.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La franquicia, es un contrato mercantil por el cual una de las partes llamada franquiciante, concede diversos derechos de explotación industrial y especialmente, el uso de su licencia de marca, a otra persona llamada franquiciatario, quien se obliga a vender, distribuir o producir bienes, o prestar servicios, bajo la asistencia técnica del franquiciante, utilizando los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos; pagando por ese uso y explotación, una contraprestación periódica ligada a los rendimientos del negocio, llamada regalía.

SEGUNDA.- El auge de las franquicias en México, aparece en la década de los años noventa, debido a que la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso de Explotación de Patentes y Marcas, que imperó hasta el año de 1991, fue abrogada por la Ley de la Propiedad Industrial, misma que reconoció expresamente el contrato de franquicia, regulándolo en su artículo 142 así como en el artículo 65 de su Reglamento.

TERCERA.- Los elementos personales en la franquicia, se integran por el franquiciante o licenciante, que es el titular de los derechos de explotación de la marca así como diversos elementos de su propiedad industrial, quien transmite tales derechos al franquiciatario o licenciataro quien es a su vez la persona que recibe las autorizaciones a su favor para ejercitar los derechos de explotación de la marca que es propiedad del primero.

CUARTA.- La naturaleza jurídica de la franquicia, es la de ser un contrato mercantil, bilateral, oneroso conmutativo, de colaboración, *intuitu personae*, formal, de duración prolongada y tracto sucesivo, crea una relación de cooperación e integración entre los contratantes, quienes al mismo tiempo conservan su autonomía jurídica y económica.

QUINTA.- La franquicia resulta ser **mercantil**, ya que se celebra entre comerciantes y su objeto son cosas mercantiles; **bilateral**, porque produce derechos y obligaciones para dos partes; **oneroso conmutativo**, ya que se pactan derechos y gravámenes recíprocos que conocen las partes desde su concertación; **de colaboración**, pues una de las partes contribuye con su actividad a mejorar el desarrollo comercial de la otra; **intuitu personae**, pues se celebra atendiendo estrictamente a la calidad personal de los contratantes; **formal**, pues requiere ser celebrado por escrito e inscribirse en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para que surta efectos contra terceros; **de tracto sucesivo**, porque sus prestaciones se cumplen continuamente en un lapso determinado; **de adhesión**, pues el franquiciante elabora el contrato unilateralmente; **típico**, pues está regulado en sus aspectos primordiales en la legislación industrial; **leonino**, pues el franquiciante se beneficia en proporción extraordinaria respecto de su contraparte.

SEXTA.- El contrato de franquicia opera mediante la concesión del derecho de explotación de la marca y demás elementos de propiedad industrial complementarios del franquiciante, cuando ésta ha sido ya reconocida por el público consumidor, quien identifica plenamente las características cualitativas y cuantitativas de los bienes o

servicios de que se trata, con la marca objeto del contrato, agregándose el factor psicológico consistente en que el consumidor se ha acostumbrado a tales condiciones, esperando encontrar lo mismo, y pagar el mismo precio, en cualquier establecimiento que ostente la marca conocida.

SÉPTIMA.- Como obligaciones del franquiciante a favor del franquiciatario se tienen la de ofrecerle asistencia técnica, proporcionarle manuales con las instrucciones, requerimientos, especificaciones, métodos y procedimientos, de elaboración o prestación de los bienes o servicios motivo del contrato, así como su constante actualización, aprobará la construcción y decoración del local comercial, así la capacitación y entrenamiento del personal del nuevo negocio, vigilando constantemente su desarrollo del negocio en general. Estas obligaciones se convierten correlativamente en los derechos del franquiciatario.

OCTAVA.- Como obligaciones del franquiciatario se encuentran la de usar la marca para evitar su caducidad industrial; aplicar los programas de capacitación y entrenamiento de su personal; presentar los reportes contables y financieros del negocio en la forma que le señale su contraparte; respetar las especificaciones de servicio al público como horarios, precios y contratación de cierta clase de personal; pagar las regalías y demás derechos exigibles por el franquiciante, como se haya pactado; así como guardar los secretos industriales que le fueran confiados. Estas obligaciones se convierten correlativamente en los derechos del franquiciante.

NOVENA.- La franquicia, sirve para que el franquiciante pueda cubrir más mercados, sin ser él quien prácticamente invierta sus recursos económicos para ello, extendiendo su capacidad comercial a más territorios, sin necesidad de atenderlos ni administrarlos directamente, ya que delega la responsabilidad de producir, vender o prestar bienes o servicios a terceros en las mismas condiciones y con la misma calidad que él lo haría, propiciando una representación sólo aparente, pues los patrimonios de los comerciantes contratantes son autónomos.

DÉCIMA.- El franquiciatario se beneficia al operar un negocio ya reconocido por su prestigio por el público consumidor, sin el problema de iniciarlo "desde abajo", pero con la desventaja de hacer una fuerte inversión inicial; pero con la desventaja de que en caso de que no se obtenga el éxito esperado o las ganancias no resulten como se esperaban, deberá cubrir puntualmente las regalías que comúnmente son mensuales y fijadas en base a una factor porcentual fijo sobre las ventas brutas, o una cantidad fija lo que sea mayor.

DÉCIMA PRIMERA.- Mediante el contrato de franquicia se beneficia el público consumidor, en atención a que al estar acostumbrado a la calidad, precio, servicio, atención, sabor, confort y demás cualidades de ciertos productos o servicios, propios de la marca de su preferencia, encontrará todas esas características en cualquier establecimiento o servidor que ostente la misma marca comercial, independientemente de que sea el mismo franquiciante el dueño del negocio o no.

DÉCIMA SEGUNDA.- En la franquicia, la problemática de la responsabilidad, se presenta en el momento en que no se puede deslindar la responsabilidad de las partes del contrato ni entre ellas mismas, ni frente a terceros, por lo que se propone, que la responsabilidad sea solidaria entre franquiciante y franquiciatario para garantizar el pago o indemnización, por la responsabilidad, en que puedan incurrir frente a consumidores, proveedores del franquiciatario y demás terceros a la relación contractual.

DÉCIMA TERCERA.- Se debe regular la responsabilidad solidaria de las partes del contrato de franquicia frente a terceros, para que se garantice el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el franquiciatario o las que se generen durante el desarrollo mismo del negocio, por ello debe ser solidaria dicha responsabilidad, en atención a que los terceros no tienen necesidad de indagar primeramente cuál de las partes debe responder y en segundo término si tiene bienes para responder a las obligaciones, o en que medida son responsables de los daños causados a su persona o patrimonio, toda vez que ambos contratantes han lucrado con el negocio franquiciado y se han enriquecido con el mismo.

DÉCIMA CUARTA.- En ésta monografía se propone la adición a la Ley de la Propiedad Industrial, para regular la responsabilidad del franquiciante por la inexacta, falsa o incompleta información que llegara a proporcionar al franquiciatario, que pueda producir una apreciación falsa o errónea de la realidad del negocio. También se propone la regulación de la responsabilidad del franquiciatario, para el caso de que por su culpa o negligencia cause daños a terceros por el desuso o mal uso de la

marca, o altere las características de calidad o cantidad de los bienes o servicios motivo de la franquicia.

DECIMA QUINTA.- Se debe exigir a todos los franquiciatarios que ostenten visiblemente en el local de su negocio, el nombre y dirección de los contratantes de la franquicia y la leyenda "FRANQUICIA", así como la inclusión en los uniformes de los empleados a su servicio, lo anterior para evitar que las partes intenten sustraerse a la acción de la justicia, aprovechando el anonimato que les ofrece operar tras la figura de la franquicia, en la que los terceros desconocen prácticamente a los titulares de los negocios con quien tienen relación.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez Soberanis, Jaime. La Regulación de las Invencciones y Marcas y la transferencia de Tecnología. Primera Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1979.

Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. Editorial Porrúa S. A. de C. V. Cuarta Edición. México, 1997.

Arce Gargollo, Javier. El Contrato de Franquicia. Cuarta Edición. Editorial Themis S.A. de C.V. México, 1997.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Sexta edición, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968.

Cabanellas de las Cuevas Guillermo. Régimen Jurídico de los Conocimientos Técnicos, Editorial Heliasta S.R.L. Argentina, 1995.

De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho. Séptima Edición, Editorial Porrúa S. A. de C.V. Reimpresión 1996. México, 1996.

Díaz Bravo, Arturo. Contratos Mercantiles, Editorial Oxford University Press Harla México S. A. de C. V. Sexta Edición, México, 1983.

Dí Costanzo, Juan, Alejandra Vilalta, y Donato Cárdenas. Desarrollo de Sistemas de Franquicias. Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana Editores S. A. de C. V. Primera Edición. México, 1997.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Décima Edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V. México, 1997.

González Calvillo, Enrique. La Experiencia de las Franquicias. Segunda Edición, Editorial Mc Graw Hill/Interamericana Editores S.A. de C.V. México, 1991.

González Calvillo Enrique y Rodrigo González Calvillo. Franquicias la Revolución de los 90. Primera edición, Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana de México, S. A. de C. V. México, 1994.

Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Novena Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1993.

Halife Daher, Mauricio: Comentarios a la Ley de Propiedad Industrial. Primera Edición, Editorial Mc Graw-Hill/interamericana Editores. México, 1998.

Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil, Editorial Porrúa S. A. Vigésima Octava Edición, México, 1992.

Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1991.

Nava Negrete, Justo. Derecho de las Marcas, Editorial Porrúa S. A. Primera Edición. México, 1985.

Pérez Miranda, Rafael. Propiedad Industrial y Competencia en México. Primera Edición, Editorial Porrúa S. A. de C. V. México, 1994.

Real Academia Española. Décimoctava edición, Editorial Espasa-Calpe S. A. Madrid, 1956.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil. Décimosexta Edición, Editorial Porrúa S. A. México, 1982.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Decimoctava Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1993.

Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa S. A. Novena Edición. México, 1988.

Sanroman Aranda, Roberto. Fuente de las Obligaciones. Primera Edición, Editorial Mc Graw-Hill Interamericana editores S.A. de C.V., México, 1998.

Steven S. Raab. Franquicias. Cómo Multiplicar su Negocio, Editorial Limusa S. A. de C.V. Primera Edición. México, 1991.

Torres de la Rosa, Alejandra. El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano. Primera Edición, Editorial Porrúa , S.A. de C.V. México, 2000.

Vásquez del Mercado Óscar. Contratos Mercantiles. Séptima Edición, Editorial Porrúa S. A. de C. V. México, 1997.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código Civil, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Código de Comercio.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Federal de Competencia Económica

Ley Federal de Derechos de Autor

Ley de Inversión Extranjera

Ley Federal de Protección al Consumidor

Ley General de Sociedades Mercantiles

Ley de la Propiedad Industrial

Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial.

HEMEROGRAFÍA

Revista Entrepreneur, 500 Franquicias en México. Número 2. Editorial Impresores Arenas S. A. de C. V. México, enero, 1999.

Revista Expansión. Número 756. Volumen XXIX. Editor Javier Martínez Staines. México, diciembre 16, 1996.

Revista Expansión. Número 715. Volumen XXIX. Editor Javier Martínez Staines. México, mayo 7, 1997.

Revista Proceso 1268, Editorial Cisa, Comunicaciones e Información S.A de C.V., Febrero 18, 2001,