



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO



Con estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309

**LA FALTA DE NORMATIVIDAD EN EL CONTRATO DE
FRANQUICIA Y LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS
EN MÉXICO.**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

JOSÉ CARLOS CASTRO RAMOS

Asesor: Lic. Ramón Wilfrido García Aguilera

Celaya, Gto.

Septiembre 2008



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.

Agradezco a Dios por haberme dado la fortuna de poder estudiar y ayudarme a concluir mis estudios, así mismo les dedico a mis padres esta tesis por estar siempre a mi lado guiándome y apoyándome incondicionalmente, gracias por su amor, por creer en mi y por ayudarme a ser un hombre de bien.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

1.1 INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO.....	1
1.2 BREVE DESCRIPCIÓN DEL TEMA.....	
1.3 OBJETIVO.....	2
1.4 IMPORTANCIA DEL TEMA.....	
1.5 ALCANCES.....	3
1.6 DELIMITACIONES Y LIMITACIONES.....	4
1.7 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.....	5

CAPITULO 2 PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

2.1 INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO	
2.2 CONCEPTO.....	7
2.3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	10
2.3.1 LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.....	12
2.4 PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.....	18
2.4.1 MERCADO RELEVANTE Y PODER SUSTANCIAL.....	23
A) MERCADO RELEVANTE.....	24
B) PODER SUSTANCIAL.....	26
2.5 CONCENTRACIONES.....	28
2.6 LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.....	30

CAPITULO 3 FRANQUICIAS

3.1 INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO	
3.2 LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.....	37
3.2.1 PROPIEDAD INDUSTRIAL.....	
3.3 FRANQUICIA.....	39
3.4 CARACTERÍSTICAS DE LAS FRANQUICIAS	
3.4.1 MARCA.....	41
3.4.2 CLASIFICACIÓN DE LA MARCA.....	42
3.4.3 LA PATENTE.....	46
3.5 LICENCIA DE USO.....	
3.6 UNIFORMIDAD.....	48
3.7 LA TRANSMISIÓN DE CONOCIMIENTOS Y TECNOLOGÍA.....	50
3.8 CONTRAPRESTACIÓN.....	53

3.9 CLASES DE FRANQUICIA.....	56
3.10 VENTAJAS DE LAS FRANQUICIAS.....	58
3.10.1 VENTAJAS DEL FRANQUICIANTE.....	59
3.10.2 VENTAJAS DEL FRANQUICIATARIO.....	60
3.11 LA ASOCIACIÓN MEXICANA DE FRANQUICIAS.....	63
3.12 UNIDROIT.....	66

CAPITULO 4 CONTRATO DE FRANQUICIA Y SUS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS.

4.1 INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO	
4.2 CONCEPTO.....	71
4.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	72
4.4 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO.....	75
4.5 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	83
4.6 OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	86
4.6.1 OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE.....	87
4.6.2 OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO.....	90
4.7 TERMINACIÓN DEL CONTRATO.....	97
4.8 OBLIGACIONES POST-CONTRACTUALES.....	100
4.9 EFECTOS.....	104

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La franquicia es un tipo de negocio comercial que se ha ido extendiendo y desarrollando con rapidez y que trae consigo numerosos beneficios y ventajas para las personas que realizan este tipo de negocio.

En la época de los noventa se aprecia una fuerte tendencia nacional y mundial de fomentar el desarrollo tecnológico, la apertura comercial y la sana competencia, situación que trajo consigo regular y proteger a la propiedad industrial y es así como en 1991 se promulga la ley de fomento y protección industrial en donde se incorpora la figura de las franquicias no obstante se observa una falta de normatividad casi total de dicha figura lo que trae como consecuencia que se incurra en prácticas monopólicas.

La falta de regulación de los contratos de franquicia ocasiona que el clausado del contrato quede a voluntad de las partes situación que provoca que se establezcan cláusulas que son consideradas por la ley federal de competencia económica como prácticas monopólicas, realizar prácticas consideradas por la ley como monopólicas no es la única consecuencia que provoca la falta de normatividad en el contrato de franquicia sino que también se puede dañar directamente al franquiciatario ya que al ser el contrato de franquicia un contrato atípico y de adhesión, el franquiciante establece cláusulas desventajosas y abusivas para el franquiciatario.

La presente tesis tiene como propósito primordial analizar detenidamente la figura de la franquicia, los elementos que la caracterizan, el contrato de franquicia, su naturaleza jurídica, el clausulado que generalmente se establece en los contratos de franquicia, así mismo se tratara de confirmar la hipótesis, es decir se observará en la presente investigación que la falta de normatividad de la franquicia provoca que se incurra en prácticas monopólicas y se verá así mismo la necesidad de regular mas a fondo esta figura buscando por un lado proteger a los elementos de la franquicia para que este tipo de negocios no se extingan y por otro lado que dicha protección no vaya mas allá del objeto mismo del contrato.

CAPÍTULO 1

JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE ESTA TESIS

1.1 INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO

Es necesario que el contrato de franquicia se encuentre regulado por nuestra legislación, para dejar de ser un contrato atípico, para garantizar la seguridad del franquiciante, del franquiciador así como de terceros, y sobre todo para evitar que se incurra en prácticas monopólicas, impidiendo la libre competencia.

No obstante que nuestra legislación reconoce la libertad de contratar, dentro del contrato de franquicia puede haber consecuencias jurídicas como las prácticas monopólicas.

El objeto sujeto, características y elementos del contrato de franquicia son temas que se analizarán con detenimiento ya que al conocer todas estas especificaciones del contrato se podrá entender cuál es el motivo y fin de esta tesis, así mismo se analizará qué es un monopolio, cómo se puede incurrir en prácticas monopólicas y qué nos dice la legislación acerca de esto.

1.2 BREVE DESCRIPCIÓN DEL TEMA

En esta tesis se busca demostrar porqué las franquicias necesitan una legislación especial, el contrato de franquicia es un contrato atípico, por no estar regulado en la legislación, pero que por la libertad contractual que tenemos hoy en día se han realizado ya, con frecuencia estos contratos que manejan un sinfín de cláusulas y algunas de estas cláusulas pueden ser consideradas por nuestra legislación como prácticas monopólicas.

Se busca conocer también cuáles son los elementos, características, especificaciones de los contratos de franquicia para así poder entender cuáles de estas características pueden ir en contra de nuestro derecho positivo, así mismo se tratará de analizar hasta qué punto en el clausulado del contrato se está protegiendo el objeto de la franquicia y en que momento se está rebasando éste, cayendo así en prácticas monopólicas.

En esta tesis también se analizará qué es un monopolio, cuándo caemos en prácticas monopólicas y qué legislación lo regula, así como su relación con las franquicias y la importancia de vivir en un mercado competitivo.

1.3 OBJETIVO

El objetivo en esta tesis, es encontrar en qué momento las cláusulas del contrato de franquicia rebasa el objeto del mismo, y cómo cae en prácticas monopólicas, así cómo ver lo específico que se tiene que hacer en ese contrato para proteger a los sujetos de las franquicias sin rebasar los principios contractuales que se deben respetar en la legislación mexicana.

1.4 IMPORTANCIA DEL TEMA.

En la actualidad México se encuentra en una apertura comercial, es por eso que existe la necesidad de estudiar a fondo las nuevas formas de hacer negocio, así como su producción, distribución etc.

El sistema de franquicias beneficia tanto al franquiciante como al franquiciatario; para el franquiciante, la franquicia representa un método para poder introducirse rápidamente en los mercados y lograr una rápida distribución de sus productos, sin el costo de capital que necesitaría tener para hacerlo por medios propios, por otro lado para el franquiciatario, la franquicia constituye una oportunidad de emprender un negocio propio, con menores posibilidades de fracaso debido al soporte de signos distintivos, know how, publicidad, asistencia técnica entre otros que le ofrece el franquiciador.

Es por lo anterior mi interés de abordar en este tema, y observar no solo los beneficios de las franquicias, sino también cuáles son los problemas que estas presentan.

1.5 ALCANCES

Se analiza qué es una franquicia, su naturaleza jurídica, qué Ley habla acerca de las franquicias, cómo pueden caer en prácticas monopólicas los contratos de franquicia, el papel que juega la Ley Federal De Competencia Económica y la importancia que hoy en día presentan las franquicias.

Se analizará de manera detenida los contratos de franquicia, cuáles son sus características, sus elementos, los derechos y las obligaciones de las partes para poder entender en que momento se puede caer en prácticas monopólicas.

Se estudiará también qué es un monopolio, y la libre competencia, así como la legislación y sus antecedentes que regulan las prácticas monopólicas en nuestro país.

Se expondrá también la relación que tienen las franquicias con las prácticas monopólicas,

1.6 DELIMITACIONES Y LIMITACIONES

La presente tesis busca tener un amplio panorama acerca del tema, analizar en qué momento los contratos de franquicia pueden tener consecuencias jurídicas y la necesidad de ser regulados.

Se tratará de tener una visión amplia de ambos temas, tanto de los contratos de franquicias, como de los monopolios para así poder entender su relación y la problemática que surge entre estas dos figuras.

1.7 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

Las siguientes son algunas preguntas que se contestarán en la presente tesis:

¿Qué es una franquicia?

¿Qué Ley habla acerca de las franquicias?

¿Qué papel juega la propiedad industrial en las franquicias?

¿Cuáles son las características de un contrato de franquicia?

¿Cuáles son los elementos del contrato de franquicia?

¿Cuáles son los derechos y obligaciones de las partes en el contrato?

¿Cuáles son los beneficios de las partes al celebrar dicho contrato?

¿Qué cláusulas podrían proteger a las partes?

¿Qué es un monopolio?

¿Qué Ley habla y regula acerca de los monopolios y de la libre competencia?

¿Cómo se puede incurrir en prácticas monopólicas?

¿Cómo se clasifican las prácticas monopólicas y en cuál de estas pueden caer las franquicias?

¿En que momento hay un poder sustancial en el mercado relevante?

¿Cómo se puede influir en el mercado?

¿Qué relación tienen los contratos de franquicias con las prácticas monopólicas?

¿Es necesario legislar acerca de la materia?

¿Hay una distinción clara del objeto del contrato y de sus fines con las prácticas monopólicas?

¿Está el acuerdo de voluntades, elemento esencial en el contrato por encima de la Ley antimonopólica, existe algún tipo de justificación?

CAPÍTULO 2

PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

2.1 INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO

En este capítulo se buscará esclarecer qué es un monopolio, que consecuencias tiene un mercado monopolizado, la importancia de regular a los monopolios, así como sus prácticas monopólicas, qué ordenamiento legal regula todo este tipo de situaciones y a cargo de qué autoridad se encuentra dicha regulación, así mismo se analizará que importancia tiene estudiar las prácticas monopólicas en cuanto a la franquicia se trata, es decir qué relación tiene las prácticas monopólicas con las franquicias.

Antes de poder entrar al objeto de estudio de éste capítulo es necesario e indispensable saber qué es y cuándo estamos en presencia de un monopolio.

2.2 CONCEPTO

Los legisladores y los economistas han aportado varias definiciones al respecto de lo que son los monopolios al respecto Ramón Tamames¹ lo define como “aquella forma de mercado en la cual un solo vendedor (o un grupo de vendedores de común acuerdo) controla la oferta de un producto o servicio

¹ TAMAMES RAMÓN, LA LUCHA CONTRA LOS MONOPOLIOS, Ed. Tecnos, Madrid 1970, p. 419

concreto, lo cual le permite determinar la cantidad ofrecida del mismo y por consiguiente su precio.”

En nuestra Legislación no encontramos una definición de monopolio como tal, si bien es cierto el artículo 28 de la Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos prohíbe los monopolios, en donde establece que quedan prohibidas las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuesto, así mismo establece que “ la Ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores industriales, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precio exagerados y, en general todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”, pero en ningún momento el artículo 28 Constitucional define qué es un monopolio, en el mismo sentido la Ley Reglamentaria(La Ley Federal De Competencia Económica) omite definir que es un monopolio así que en la Ley no encontramos una definición clara acerca de lo que es un monopolio, pero la Suprema Corte De Justicia De La Nación se ha encargado de dar una definición acerca de lo que se entiende como monopolio y una interpretación en cuanto a definición se trata del artículo 28 Constitucional así que la Suprema Corte establece lo siguiente” por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 Constitucional equipara al monopolio todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industrial, comercial y, en general todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas con perjuicio del pueblo general o de una clase social.”²

² LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, fondo de cultura económica, México 1983, tomo IV, pp. 2541

Hemos analizado ya qué es un monopolio, ahora es necesario estudiar qué efectos tiene un monopolio y las ventajas de que un mercado sea competitivo.

En un mercado monopolizado, una empresa puede restringir o fijar su oferta, por lo que al no poder conseguir el producto de parte de otro proveedor, los consumidores tienen que pagar más, es decir bajo un mercado monopolizado el precio que tiene que pagar un consumidor es más alto que una situación competitiva, o bien el precio es igual y la calidad es peor, por el contrario si el mercado es competitivo existen muchas empresas produciendo bienes similares, lo que haría que dichas industrias no le suban el precio a sus productos, ya que los consumidores cambiarían de proveedor, así mismo tampoco se busca que los proveedores bajen sus precios hasta un punto en que no tuvieran ganancias, sino que por el contrario, en un mercado competitivo se busca que tanto los productores como los consumidores obtengan beneficios.³

Queda muy claro ya que la libre competencia es la mejor manera de que todos los agentes económicos obtengan beneficios, en donde un empresario va a permanecer en el mercado dependiendo de la calidad y el precio de sus productos y/o servicios, y no incurriendo en prácticas monopólicas, es por eso la necesidad de que exista un ordenamiento jurídico cuyo objetivo sea asegurar que los mercados tengan un comportamiento adecuado, evitando dichas prácticas monopólicas, y procurando la libre competencia para beneficiar a todos los agentes económicos.⁴

A continuación hablaremos un poco acerca del ordenamiento jurídico que regula a los monopolios en México.

³ AGUILAR ÁLVAREZ JAVIER, ESTUDIOS EN TORNO A LA LEY DE COMPETENCIA ECONÓMICA, UNAM, México, 1994, p. 10

⁴ Ídem Pág. 9

2.3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La actual disposición antimonopólica de la Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos tiene su primer antecedente en la Constitución de 1857, ampliada en 1917⁵ y reformada en su versión actual en 1983⁶, dicha disposición se encuentra en el artículo 28 Constitucional en donde se comprende lo siguiente:

1.-Prohíbe los monopolios, estancos y disposiciones que puedan permitir la Constitución de monopolios, como las eximiciones de impuestos y las prohibiciones a título de protección a la industria.⁷

2.-Prohíbe también las prácticas monopólicas.

3.-Las conductas consideradas monopólicas son:

a) La concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios.

b) Todo acuerdo o procedimiento o combinación de los productores industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan siempre y cuando tengan por objetivo evitar la libre concurrencia o competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados.

⁵ Ésta ampliación consiste en la anexión de la exención de prohibición de monopolios

⁶ PÉREZ MIRANDA RAFAEL, PROPIEDAD INDUSTRIAL Y COMPETENCIA ECONÓMICA, 2^a ed. Ed. Porrúa, México 1999, p. 294

⁷ Artículo 28 de la Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.

c) Las ventajas exclusivas indebidas a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social parece ser una prohibición de acuerdos destinados a restringir el ingreso de unidades económicas de la competencia económica, pero se puede interpretar también como una prohibición al estado de conceder privilegios.

4.-Entre las excepciones se encuentran:

a) Las áreas estratégicas, en donde le corresponde al Estado la exclusividad de ejercer actividades productivas y mercantiles, para cumplir este cometido, puede constituir organismos y empresas paraestatales. El privilegio monopólico que se le otorgara al Estado se debe limitar a las áreas enunciadas no a todas las actividades que realicen las empresas constituidas al efecto.⁸

b) Los correspondientes a los sectores privado y social. No constituyen monopolios (Que en realidad lo son, lo que quiere decir la Ley es que no están prohibidos) las asociaciones o cooperativas de productores que tuvieran por objeto exportar directamente, y los privilegios, que se refiere a la exclusividad que se le otorgara a los autores, artistas, inventores, por las Leyes Reglamentarias correspondientes; es decir la Ley De Propiedad Industrial, que como veremos en el capítulo siguiente los que obtengan una patente, una marca etc. Tendrán el derecho y el uso exclusivo, a menos que dichas personas otorguen licencias de uso (Elemento esencial de los contratos de franquicia) es decir, no se considera monopolio la exclusividad de la propiedad industrial, pero si se otorgara una licencia y en dicha licencia se establecerán cláusulas prohibidas por la Constitución o bien por la Ley Reglamentaria⁹ sí se estaría incurriendo en

⁸ PÉREZ MIRANDA op. cit., supra nota 8, p. 297

⁹ La ley Reglamentaria del artículo 28 Constitucional es la Ley Federal De Competencia Económica

prácticas monopólicas¹⁰ como veremos en el siguiente capítulo el artículo 28 es también la base legal de la Ley De Propiedad Industrial.

5.-Se hace especial hincapié al problema de los precios y a la protección al consumidor, es por eso que se establece un parámetro especial indicando que se deben fijar legalmente las bases para el establecimiento de precios máximos y fomentar la organización de los consumidores.

De este artículo se desprende la Ley Federal De Competencia Económica así como su Reglamento.

2.3.1 LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Es importante que antes de abarcar el objeto y fin de esta Ley se estudie un poco las circunstancias que motivaron la creación de esta Ley, ya que implica no solo la protección al proceso competitivo (Protegiendo consecuentemente y como se verá mas adelante a los consumidores) sino que además significa un cambio de la política económica en México orientada a fortalecer los mecanismos de mercado como asignadores de recursos y dejando a un lado la política económica, proteccionista e intervencionista del estado, en donde se reemplaza la regulación del Estado por el libre mercado, fomentándose la competencia y lógicamente protegiéndola.¹¹

Así pues antes de que la política económica se basara en la competencia, se basó en el proteccionismo gubernamental,¹² México tenía una estrategia de desarrollo basada en la sustitución de importaciones buscando estimular la

¹⁰ JALIFE DAHER MAURICIO, aspectos legales de las marcas en México, editorial sista, México, 1992
Pág. 4

¹¹ MÉNDEZ M. SILVESTRE, problemas económicos de México, tercera edición, editorial Mc Graw Hill, México 1994, Pág. 345.

¹² AGUILAR ÁLVAREZ JAVIER, op. cit. Supra nota 5, p. 13

industrialización, ésta industria recibía protección con el objetivo de que crecieran sin interferencia de la competencia internacional, logrando así que el consumidor doméstico obtuviera precios baratos y de calidad y que la industria nacional fuera la que ofreciera esos bienes y servicios, pero lógicamente trajo como resultado que la industria al tener asegurado el mercado doméstico por la ausencia de competencia empezara a ofrecer productos de baja calidad y a precios elevados. Así que buscando controlar las fuerzas monopólicas, se establecieron por parte del estado elementos de control directos, siendo estos la fijación en ciertos productos o la participación directa del Estado en las actividades productivas.

Se establecen entonces la Ley Reglamentaria del artículo 28 Constitucional promulgada en 1934 en donde facultaba al presidente para imponer precios máximos o restringir la producción en los bienes considerados necesarios, y limitar la entrada a alguna industria, si consideraba que eran demasiadas empresas en lo mismo y se establece también la Ley Sobre Atribuciones Del Ejecutivo Federal En Materia Económica que permitía el control de precios a través de la fijación de los mismos por parte del ejecutivo, así mismo el presidente tenía facultades para establecer formas de distribución y de importación de las mercancías,¹³ además el Estado se encargó de crear empresas dedicadas al desarrollo de infraestructura para desarrollar el abastecimiento de productos y servicios, en donde lógicamente tenía que invertir.

El Estado también otorgaba incentivos fiscales en donde se exentaban impuestos de importación, exportación a ciertas industrias, las cuales deberían tener ciertas características (Monto de capital, proporción de mano de obra etc.) así mismo se exentaba de impuestos a las empresas que garantizaran la sustitución de importaciones de bienes de consumo y de materia primas.

¹³ RANGEL COUTO HUGO, el derecho económico, 4ª ed. Ed. Porrúa, México 1986, p. 151

Tanta inversión por parte del estado al sector privado, las exoneraciones fiscales etc. Originaron que el estado se endeudara para financiar su déficit, es así que la ausencia de la competencia, la necesidad de importar ciertas materias primas que ocasionaron desequilibrios en la balanza comercial, la incorporación de empresas al estado para rescatar la desaparición de empresas a punto de quebrar y evitar desempleos, hace que México entre en un periodo de reestructuración del Estado, buscando la reorganización económica, la apertura del mercado nacional con la eliminación de aranceles, eliminación de controles de precios y de subsidios, privatización de las empresas publicas¹⁴ y propiedad del Estado así como amplias reformas políticas y una modernización administrativa. Buscándose así abandonar el modelo de sustitución de importaciones y se pone en entredicho al estado interventor en la economía.

Con Salinas se acelera la apertura de la economía, se firmaban Tratados De Libre Comercio¹⁵ siendo el Tratado de Libre comercio de América del Norte además de lo anteriormente mencionado una motivación sumamente importante para la realización de la Ley Federal De Competencia Económica, ya que en su capítulo XV que habla sobre política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado, las partes se comprometen a mantener o adoptar las medidas legales que permiten evitar prácticas contrarias a la competencia y a cooperar entre las administraciones de cada una en este campo de acción.

En el artículo 1501 del Tratado De Libre Comercio De América Del Norte dice “cada parte deberá adoptar o mantener medidas que prohíban la conducta comercial anticompetitiva.” Así que el Tratado De Libre Comercio De América Del Norte buscando coordinar los regímenes económicos de las partes y tratando o mas bien exigiendo que cada una de las partes adopte una Ley Federal De Competencia Económica se vuelve un incentivo más para la creación de una

¹⁴ LEVY SANTIAGO, estudios entorno a la ley de competencia económica, UNAM México 1994, p. 63

¹⁵ Tratados de Libre Comercio entre Chile, Estados Unidos, Canadá, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Nicaragua y Bolivia.

nueva Ley¹⁶ además de todo lo anteriormente mencionado, ya que los cambios efectuados en la política económica estimulan la competencia y la libre concurrencia resultando necesario un ordenamiento legal que proteja y fortalezca los mecanismos competitivos de los mercados.

Es así como se crea la Ley Federal De Competencia Económica, en donde quedan abrogadas, de acuerdo a su disposición transitoria, la Ley Orgánica Del Artículo 28 Constitucional en materia de monopolios, y la Ley De Atribuciones Del Ejecutivo Federal En Materia Económica.

La Ley Federal De Competencia Económica tiene como objetivo proteger el proceso de competencia, así como promover la eficiencia económica, la Ley no tiene como fin maximizar el bienestar del consumidor, pero aunque no es un fin de esta ley si es un efecto, ya que si reduce el poder monopólico de una empresa, y se quitan barreras a la entrada de otros competidores, ocasiona que las empresas bajen sus precios, y mejoren la calidad, buscando que los consumidores no cambien de proveedor, lo que da como resultado un beneficio para los consumidores, no obstante los beneficios de esta Ley al consumidor, el consumidor cuenta con otra Ley para su protección, llamada Ley Federal De Protección Al Consumidor.

Así mismo el propósito de la Ley es la de proteger el proceso competitivo y la eficiencia, no a un competidor en particular, ya que considera que precisamente en dicho proceso constante y permanente es en el que las empresas compiten entre sí, lo que consecuentemente da como resultado menores costos, mejores productos, y precios mas bajos, logrando así mayor eficiencia económica¹⁷

¹⁶ GARCÍA RODRÍGUEZ SERGIO, estudios en torno a la Ley de Competencia Económica, UNAM, México 1994 p. 38

¹⁷ LEVY SANTIAGO, op. cit. Supra nota 27, p.66

Así mismo la Ley no le importa el tamaño, sino la conducta de las empresas o de los agentes económicos, es decir, la Ley no asocia monopolio con tamaño ya que hoy en día es difícil competir sin tener un tamaño adecuado en ciertos sectores de la economía, además si una empresa es grande pero esta bajo un ambiente de competencia económica, el resultado podría ser eficiente, ya que dicha competencia esta evitando que se eleven los precios y que baje la calidad, es decir que aunque una empresa sea grande puede o no caer en practicas anticompetitivas, es decir la importancia radica no en el tamaño de la empresa, sino en la conducta de la empresa y el entorno en que ésta compite.

También es sumamente importante mencionar la extraterritorialidad de la Ley Federal De Competencia Económica, en donde la Ley se preocupa por los efectos de las prácticas monopólicas que tengan efectos sobre el territorio nacional aunque dichas prácticas sean originadas en otros países así que si un contrato de franquicia se realiza en el extranjero pero para surtir efectos en México y dicho contrato incurre en prácticas monopólicas, la Comisión Federal De Competencia Económica puede imponer sanciones, como es deshacer dicho contrato de franquicia al respecto el TLCAN establece que las partes deben de cooperar en la aplicación de las medidas necesarias para evitar que se dañe la competencia, al respecto el artículo establece que cada una de las partes reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona libre de comercio. Las partes cooperarán también en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia y consultarán sobre asuntos de interés mutuo, incluidos la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta e intercambio de información relativa a la aplicaron de Leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio.¹⁸

¹⁸ Apartado 2 del artículo 1501 del Tratado De Libre Comercio De América del norte

Por otro lado es importante mencionar que en la Ley Federal De Competencia Económica se prevé los controles de libre comercio. Si bien es cierto al aprobarse la Ley Federal De Competencia Económica se abrogó la Ley De Atribuciones Del Ejecutivo En Materia Económica, que como ya lo vimos anteriormente, esta Ley facultaba al ejecutivo para imponer controles de precios e intervenir en la organización de las empresas, hasta el punto de establecer líneas de producción de empresas particulares, al abrogarse esta Ley fue muy benéfico ya que se quitó tanta intervención del Estado, pero por otro lado, se consideró importante regular el establecimiento de controles de precios ya que la Constitución así lo establece, además de considerarse una forma de proteger al consumidor, el legislador al incorporar el establecimiento de control de precios en la Ley Federal De Competencia Económica, adopta un enfoque que lo podemos dividir en tres etapas:

1.-Señala que solo el Ejecutivo Federal puede dictaminar cuáles son los bienes y servicios que se deben sujetar al control de precios.

2.-Que la Secretaria De Comercio debe fijar el nivel de precio de los productos sujetos de control pero buscando evitar el desabasto.

3.-Establece que la Procuraduría Federal Del Consumidor tiene a su cargo la vigilancia de esos controles de precios.

Si bien es cierto la Ley Federal De Competencia Económica tiene como objeto proteger a la competencia y a la libre concurrencia, pero para poder proteger a ésta competencia se deben combatir las prácticas anticompetitivas y evitar a las concentraciones entre empresas que puedan facilitar el ejercicio de dichas prácticas o el desplazamiento. De lo anterior surgen un sinnúmero de cuestiones que

deben resolverse, por ejemplo, ¿cuándo se considera que una práctica es monopólica o anticompetitiva?, ¿qué tipo de prácticas hay?, y ¿de qué forma pueden combatirse?, en este momento proseguiamos a estudiarlas.

2.4 PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

Se clasifican en 2:

Prácticas monopólicas absolutas, y Prácticas monopólicas relativas¹⁹

A las prácticas monopólicas absolutas también se les conoce como prácticas horizontales, ya que se realizan entre empresas del mismo nivel dentro de la cadena productiva, las prácticas absolutas son actos o combinaciones entre competidores entre sí, que tienen el objeto o efecto de manipular los precios, establecer la obligación de no producir, prestar o comercializar solo una cantidad restringida de bienes y servicios, distribuir segmentos de un mercado real o potencial, mediante clientela, proveedores o espacios y establecer posturas o abstenciones en licitaciones o concursos.

Ésta prohibición se hace a través de una presunción juris et de jure, en donde comprobando la existencia de uno de los supuestos del artículo 9, implica para la Ley la presencia de una práctica monopólica absoluta y no hay posibilidad legal de que se demuestre lo contrario, así el afectado pierde sus efectos ipso iure, además de que los incurrieron en éstas practicas absolutas se hacen acreedores de sanciones.

¹⁹ Artículo 9 y 10 de la ley federal de competencia económica

Las prácticas monopólicas absolutas tienen gran similitud con la regla de ilegalidad Per Se de los Estados Unidos. La regla Per Se de los Estados Unidos sostiene que una vez que se tiene cierta información sobre una práctica de mercado, ésta puede censurarse sin mayor averiguación, es decir prácticamente la regla Per Se de Estados Unidos y las prácticas monopólicas absolutas son lo mismo, ya que al igual que en Estados Unidos, la Ley Federal De Competencia Económica establece también en que momento ciertas prácticas se consideran absolutas, sin tener que demostrar nada, en otras palabras se establece una presunción legal que no admite prueba en contrario, si un agente económico ya sea que se manifieste como persona física, moral o como unidad económica sin personalidad legal sin importar nacionalidad domicilio etc., incurre en el supuesto del artículo 9 de la Ley Federal De Competencia Económica, se tiene por infringida la norma, sin que la autoridad tenga que analizar la intención o voluntad de ese agente económico, su poder en el mercado, si beneficia al consumidor, etc. Nada de eso se tiene que valorizar, si se cae en el supuesto, se viola la norma.

Un problema importante que se puede dar en este tipo de prácticas monopólicas es la clasificación de alguna práctica ya sea como relativa o como absoluta, ya que el caracterizar una práctica monopólica como absoluta puede tener errores, por ejemplo se puede caracterizar una práctica monopólica como absoluta pero con el paso del tiempo nos damos cuenta que esa práctica produce en ciertos casos eficiencia económica, entonces al clasificar a esa práctica como absoluta sería un error es por eso que México prefirió clasificar algunas prácticas en relativas aunque pudieron ser absolutas, esto porque si bien se van a sancionar las prácticas absolutas sin admitir prueba en contrario (juris et de jure) y son consideradas ilegales (ipso facto) al clasificar una práctica como absoluta será porque esa práctica siempre tendrá efecto nocivo en la competencia y así puedan evitar errores y confusiones y sobre todo evitar que una práctica que pueda ocasionar eficiencia económica, se considere práctica monopólica absoluta.

Los contratos de franquicia como lo veremos mas adelante, pueden caer en muchas ocasiones en prácticas monopólicas, pero de lo anteriormente visto, sabemos que los contratos de franquicia definitivamente no caen en prácticas monopólicas absolutas, ya que los contratos de franquicia no se celebran entre agentes económicos competidores entre sí, sino todo lo contrario, además los contratos de franquicia en muchas ocasiones pueden ser considerados como Pro competitiva y provocar eficiencia económica.²⁰

Las prácticas monopólicas relativas se denominan también prácticas verticales, debido a que se dan entre empresas de diferentes niveles de la cadena productiva los contratos de franquicia entrarían en esta clasificación, ya que no se celebran entre competidores entre sí.

El artículo 10 de la Ley Federal De Competencia Económica define a las prácticas monopólicas relativas como “Leyes contratos acuerdos o combinaciones cuyo propósito o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros participantes en el mercado, impedirles sustancialmente su acceso o estableciendo ventajas exclusivas a favor de una o varias, en los siguientes casos:

1.- División vertical de mercados.

2.- Restricciones al precio o condiciones de reventa.

3.- Ventas atadas.

²⁰ GONZÁLEZ CALVILLO ENRIQUE, franquicias la revolución de los 90, Ed. McGraw hill, México 1991

4.- Contrato de exclusividad.

5.- Denegación de trato.

6.- Boicot.

Es importante antes de seguir con el estudio de las prácticas monopólicas mencionar, que en muchas ocasiones dentro del clausulado de franquicia, se establecen ciertas condiciones mencionadas anteriormente y consideradas por la Ley Federal De Competencia Económica como prácticas monopólicas relativas, de aquí deriva prácticamente nuestro análisis de ésta tesis, ya que éste artículo mencionado anteriormente, es la base para que los clausulados de los contratos de franquicia puedan caer en prácticas monopólicas, ya que a pesar de que esas cláusulas son necesarias para mantener calidad y uniformidad en una franquicia son consideradas como prácticas anticompetitivas, de acuerdo a lo establecido en la Ley Federal De Competencia Económica y a la falta de regulación de los contratos de franquicia.

Retomando las características de las prácticas monopólicas es importante mencionar que a diferencia de las prácticas monopólicas absolutas en donde con el simple hecho de probarse son ilegales, las prácticas monopólicas relativas pueden o no ser anticompetitivos, de manera que pueden o no tener efectos negativos en la competencia (en el caso de los contratos de franquicia, puede definitivamente tener efectos competitivos y sanos en el mercado). Para que se considere una practica como monopólica se debe probar que el presunto responsable posee un poder sustancial sobre el mercado de bienes y servicios de que se trate.

La Ley Federal De Competencia Económica prohíbe éste tipo de monopolios a través de una presunción *juris tantum*, comprobándose la existencia de uno de los casos del artículo 10 anteriormente mencionado, y la existencia del poder sustancial por parte del presunto responsable con relación al mercado relevante, es decir la Ley presume la violación de la norma a menos que se demuestre lo contrario, así que si hay una práctica que encaja en el artículo 10 de la Ley Federal De Competencia Económica, pero el presunto responsable no tiene poder sustancial en el mercado, entonces no estaría incurriendo en una práctica monopólica.

Las prácticas monopólicas relativas tienen gran similitud con la doctrina norteamericana de “La regla de la razón”, ésta regla consiste primeramente en que en los tribunales de Estados Unidos deberán analizar si la práctica de que se trata siempre o casi siempre tiene como resultado efectos competitivos, de no ser éste el caso los tribunales estadounidenses deberán evaluar otros factores relacionados con el efecto probable de la actividad sobre la competencia, así mismo éste análisis lo hace en dos etapas:

1.-Definir el mercado.

2.-Medir el poder mercantil.

La Ley De Competencia Económica tiene un análisis semejante a la regla de la razón. Los artículos 10, 11, 12, 13 establecen las prácticas monopólicas relativas: son violaciones a la Ley solo si el presunto tiene poder sustancial sobre el mercado relevante, esto refleja las infracciones relativas a la limitación del comercio y monopolización en las Secciones 1 y 2 de la Ley de Estados Unidos, en donde se requiere la demostración del poder sustancial de un producto y

mercado determinado, es decir tanto la Ley Federal De Competencia Económica como la Ley De Estados Unidos para considerar una práctica monopólica relativa tiene que haber un proceso de dos etapas, primero definir el producto y los mercado geográficos y segundo determinar si las personas que participan en las prácticas anticompetitivas relativas tiene poder sustancial en el mercado relevante. Así que la Ley de competencia hace su análisis basado en la regla de la razón en donde busca 1) definir el mercado relevante y 2) medir el poder que tiene el demandado dentro del mercado relevante. Entonces para que una práctica relativa se considere violatoria de la Ley Federal De Competencia Económica, el presunto responsable debe incurrir en ellas en un mercado en el que tenga poder sustancial, conceptos que están bien definidos en la Ley para que sirva de guía a la comisión en el momento de su investigación y lógicamente en el momento de su resolución.

2.4.1 MERCADO RELEVANTE Y PODER SUSTANCIAL

El artículo 11 de la Ley Federal De Competencia Económica establece que las prácticas monopólicas relativas constituyen una violación solo si:

- 1) La conducta la lleva a cabo un agente económico que tenga poder sustancial sobre el mercado relevante.

- 2) Se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.

A) MERCADO RELEVANTE

Para determinar el mercado relevante se deben considerar los siguientes criterios:

- 1) 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 que medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución.
- 2) 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.
- 3) Los costos y probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados.
- 4) Las restricciones normativas de carácter federal, local, internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

El mercado relevante tiene dos tipos de dimensiones: de producto y dimensión geográfica:

1) Dimensión de producto se refiere a un producto o un grupo de productos y el área geográfica en donde son vendidos. El propósito de definir el mercado de producto es localizar a todos aquellos sustitutos de los productos o servicios que ofrece el vendedor a los compradores, algunos puntos para determinar esa sustitución son:

- a) Si el producto compite con otros productos.
- b) Si los productos que compiten limitan la capacidad del demandante para aumentar los precios o restringir la cantidad.
- c) Si esos productos deben incluirse dentro del mercado de productos.

2) Dimensión geográfica “si los compradores de un producto vendido en una localidad, en respuesta a un cambio no transitorio, pequeño pero no significativo en el precio, van a otra localidad a comprar el producto, entonces ambos productos están en el mercado geográfico relevante” con ésto podemos ver que un cambio de precio es un factor importante para determinar el área geográfica, otro factores podrían ser los costos de transportación, por ejemplo si los costos de transportación no son significativos, el área geográfica podría ser muy amplio.

Con ésto debemos entender qué mercado relevante es el ámbito en donde se lleva a cabo esta práctica, para su determinación se debe de tomar en cuenta entre otras cosas, si hay sustitutos del producto o no del producto, si los competidores tienen acceso a los insumos para producir los productos sustitutos, así como las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados).

b) PODER SUSTANCIAL

El poder sustancial es la capacidad para influir sobre el precio del mercado y/o forzar a salir los rivales.

El poder sustancial en el mercado no solo depende del tamaño de esa empresa, sino también del ambiente regulatorio en donde se encuentra.

Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

1.-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 contrarrestar dicho poder.

2.-La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta otros consumidores.

3.-Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumo.

4.-Su comportamiento reciente.

5.- Los demás criterios que se establezcan en el Reglamento de esta Ley.

Con esto podemos decir que para determinar el poder sustancial por parte de una empresa se tiene que tomar en cuenta la participación en el mercado, es decir que porcentaje de las ventas posee una empresa, la existencia y poder de los competidores en el mercado relevante, las posibilidades de acceso e insumos y, la presencia y posibilidad de remoción de barreras a la entrada, siendo estas la mayor fuente de poder de mercado.

Si bien es cierto de lo anteriormente visto y como se verá mas adelante, los contratos de franquicia caen frecuentemente en prácticas monopólicas, y que a pesar de que estas prácticas podrían ser el mejor método para proteger y promover la propiedad industrial (el elemento esencial para que haya una franquicia es la marca, la patente, y la licencia de marca, consideradas como propiedad industrial²¹) al no estar regulados y reglamentados los contratos de franquicia, inmediatamente se aplica ésta Ley, a pesar de que estas prácticas pueden ser ventajosas para las partes del contrato y para la eficiencia económica.

Después de haber analizado las prácticas monopólicas absolutas y relativas es importante destacar sus diferencias. Algunas diferencias de las prácticas monopólicas absolutas y de las relativas son:

²¹ ARCE GARGOLLO JAVIER, el contrato de franquicia, 3ª ed. Ed. Themis, México 1995, p. 38

1.- las prácticas absolutas son consideradas también como practicas horizontales, ya que se realizan entre empresas del mismo nivel, por su parte las prácticas relativas, se denominan también prácticas verticales, debido a que se dan entre empresas de diferentes niveles de la cadena productiva.

2.- las prácticas absolutas son ilegales por el simple hecho de probarse, las prácticas relativas pueden o no violar el Reglamento dependiendo si se consideran anticompetitivas analizando cada caso por separado.

La Ley Federal De Competencia Económica establece otra figura que puede causar daños a la eficiencia económica, evitando y dañando la competencia a éstas actividades posiblemente perjudiciales, se les conoce como concentraciones.

2.5 CONCENTRACIONES

El artículo 16 de la Ley Federal De Competencia Económica la define “como la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.

Las formas mas usuales de crear una concentración son las fusiones y las adquisiciones entendiéndose por fusión el acto jurídico por medio del cual dos o mas personas morales previamente existentes deciden unir sus patrimonios para crear una tercera persona moral totalmente diferente a aquellas fusionada, por el contrario, una adquisición es un acto jurídico en el cual una persona moral compra

a otra persona moral diferente, desapareciendo ésta última, y pasando a formar parte de la adquirente.

Los criterios que la Ley Federal De Competencia Económica señala para evaluar las concentraciones son exactamente los mismos que se utilizan para evaluar las prácticas relativas, es decir al evaluar una concentración se debe observar que el ente resultante de la concentración no tenga poder sustancial en el mercado relevante.

Por otra parte la Ley Federal De Competencia Económica toma una actitud preventiva en el sentido de que es más fácil detener una concentración antes de que se lleve a cabo, si se considera que va a ser nociva para la competencia, que quitarla una vez ya formada. Para esta situación la Ley contempla un mecanismo de notificación previa de las concentraciones,²² así mismo la Ley prevé que dicho proceso de notificación no se convierta en un proceso burocrático cuyo resultado sea detener la actividad económica de los particulares, es por eso que establece plazos para los trámites y para la respuesta de la autoridad²³.

Hemos visto ya cuales son las prácticas que puedan dañar a la libre competencia y a la eficiencia económica, así como la prohibición de éstas, el problema que en este momento surge, es cómo se puede hacer aplicar la Ley, a cargo de quien ésta la aplicación de ella, qué funciones tiene y por supuesto qué sanciones puede establecer, para evitar dichas actuaciones anticompetitivas.

²² el artículo 20 de la ley federal de competencia económica establece cuando las concentraciones deben de ser notificadas si las operaciones de que se traten superen los 12 millones de salarios mínimos o involucren empresas cuyos niveles de venta anuales o de activos sumen mas de 48 millones de salarios mínimos.

²³ el periodo de espera que el artículo 21 de la ley federal de competencia económica establece es de 45 días, el cual puede ampliarse a 60 días, al final del cual la comisión puede decidir la aprobación de la concentración (que es implícita si la misma no se expide) la sujeción de la misma a ciertas condiciones, o la prohibición o desconcentración de la fusión, adquisición o unión empresarial realizada

2.6 LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

La Comisión federal De Competencia Económica tiene como función prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones.

La Comisión es un órgano desconcentrado de la Secretaría De Economía y cuenta con autonomía para dictar las resoluciones. Ésta formado por cinco comisionados, uno de ellos es el Presidente, los comisionados son nombrados por el Presidente de la Republica y el Presidente de la Comisión es responsable ante éste, y no ante la Secretaría De Economía. Los comisionados deben ser personas con conocimiento sobre el tema y solo son removidos de su cargo por incurrir en una falta grave.²⁴

La Comisión puede investigar las prácticas monopólicas de oficio o bien recibir quejas de los particulares y consecuentemente hacer sus dictámenes e imponer sanciones.

De acuerdo al artículo 31 de la Ley Federal De Competencia Económica la comisión puede investigar todas las actividades que puedan afectar a la competencia y a la libre concurrencia, en donde podrá requerir de los particulares y demás agentes económicos la información o documentos relevantes.

²⁴ LEVY SANTIAGO, op, cit. Supra nota 27, Pág. 75

El procedimiento que se debe llevar en las prácticas monopólicas de acuerdo al artículo 33 de la Ley Federal De Competencia Económica es el siguiente:

1.-Se emplazará al presunto responsable, informándole en qué consiste la investigación, acompañando en su caso copia de la denuncia.

2.-El emplazado contara con un plazo de 30 días naturales para manifestar lo que a su derecho convenga y adjuntar las pruebas y documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten desahogo.

3.-Una vez desahogadas las pruebas, la Comisión fijara un plazo no mayor a 30 días naturales para que se formulen los alegatos verbalmente o por escrito;

4.-Una vez integrado el expediente, la Comisión deberá dictar resolución en un plazo que no excederá de 60 días naturales, en lo no previsto, se estará a lo dispuesto en el reglamento de esta ley.

Como veremos en el segundo y tercer capítulo los contratos de franquicia, en muchas ocasiones caen en prácticas monopólicas, sabemos ya que son las prácticas monopólicas, sus características y el procedimiento que se sigue y ante quien se debe de seguir para que se imponga o no una sanción, la pregunta que ahorita nace es ¿que tipo de sanciones se pueden imponer en caso de caer en practicas monopólicas? La respuesta la encontramos en el artículo 35 de la Ley muticitada, en donde establece que las sanciones pueden consistir en:

1.-Suspensión, corrección o supresión de la práctica o concentración de que se trate.

2.-Desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda.

3.-Multa hasta por el equivalente a siete mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por haber declarado falsamente o entregar información falsa a la Comisión, con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra.

4.-Multa hasta por el equivalente a 375 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna práctica monopólica absoluta.

5.-Multa hasta por el equivalente a 255 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna práctica monopólica relativa y hasta por el equivalente a 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, en el caso de lo dispuesto por la fracción VII del artículo 10 de esta Ley.

6.-Multa hasta por el equivalente a 255 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna concentración de las prohibidas por esta Ley y hasta por el equivalente a 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por no haber notificado la concentración cuando legalmente deba hacerse y

7.-Multa hasta por el equivalente a siete mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, a los individuos que participen directamente en prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas, en representación o por cuenta y orden de personas morales.

8.-En caso de reincidencia se podrá imponer una multa adicional hasta por el doble de la que corresponda.

Así mismo la ley establece que si un agente económico sufrió un daño podrán obtener una indemnización por daños y perjuicios, al efecto, la autoridad judicial podrá considerar la estimación de los daños y perjuicios que haya realizado la propia Comisión. En el caso de las franquicias, si el franquiciatario sufre un daño con respecto a la Ley Federal De Competencia Económica, puede pedir una indemnización.

No podemos dejar pasar por alto que en muchas ocasiones la Comisión se puede equivocar en su resolución, o bien que el responsable se sienta inconforme con tal resolución, es por eso que la Ley Federal De Competencia Económica establece un recurso llamado reconsideración, al respecto el artículo 39 de dicha Ley establece que ante las resoluciones dictadas por la Comisión con fundamento en esta Ley, se podrá interponer un recurso de reconsideración, dentro del plazo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de notificación de tales resoluciones.

La interposición de ese recurso suspende la ejecución de la resolución que se esta impugnando, pero en el caso que se hubiese ordenado la suspensión, corrección o supresión de la práctica o concentración de que se trate en resolución, el recurso solo se concede si el promovente otorga una garantía

suficiente para reparar daños y perjuicios en caso de que no se obtenga una resolución favorable.

El recurso tiene por objeto revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada y los fallos que se dicten contendrán la fijación del acto impugnado, los fundamentos legales en que se apoye y los puntos de resolución.

En el reglamento de la Ley Federal De Competencia Económica se establecen los términos y demás requisitos para la tramitación y sustanciación del recurso.

La interposición del recurso se hará mediante escrito dirigido al Presidente de la Comisión, en el que se deberá expresar el nombre y domicilio del recurrente y los agravios, acompañándose los elementos de prueba que se consideren necesarios, así como las constancias que acrediten la personalidad del promovente.

En cuanto a la resolución la Comisión dictara su fallo y la notificará en un término que no exceda de 60 días contados a partir de la fecha en que se haya interpuesto el recurso, el silencio de la Comisión significará que se ha confirmado el acto impugnado, si bien es cierto este procedimiento ayuda a que el presunto responsable tenga el derecho a que se rectifique la resolución dictada en su contra, pero también es cierto que no da mayor seguridad, ya que la Comisión funciona en este recurso como juez y parte, es por eso que sería conveniente que se incluyera otro órgano para este tipo de recursos.

De lo anteriormente visto, podemos decir que si bien es cierto un mercado monopolizado afecta gravemente a la economía del país, a los agentes económicos, así como a los consumidores, en el sentido de que no pueden entrar

nuevas empresas por la existencia de barreras a la entrada, así mismo al no haber competencia un proveedor puede aumentar el costo abusando de su poder y perjudicar directa y gravemente al consumidor, así como al proceso competitivo.

Es por eso que se necesita evitar y controlar las prácticas monopólicas, y es de importancia mencionar que las franquicias en muchas ocasiones caen en prácticas monopólicas, que aunque pueden resultar benéficas para la economía así como para los agentes económicos, la falta de una regulación especial de franquicias, hace que inmediatamente en el clausulado de contrato se incurra en prácticas consideradas por la Ley Federal De Competencia Económica, anticompetitivas.

En los capítulos siguientes se analizará mas al respecto, pero por el momento cabe decir que en México de acuerdo al ordenamiento en este capítulo comentado, no hay excepciones que puedan aplicarse a las franquicias, de no ser que el franquiciante no tenga poder sustancial en el mercado relevante, es decir de acuerdo a la Ley Federal De Competencia Económica y por encima de los beneficios y ventajas que una franquicia pueda otorgar, el clausulado de franquicia a pesar de tener consigo ventajas y de establecerse en muchas ocasiones para proteger la propiedad industrial, se considera una práctica anticompetitiva y sancionada por la ley.

Así mismo a nivel internacional,²⁵ las partes consideran que antes que nada se debe de proteger la competencia económica, así pues que considero importante y como se vera a lo largo de esta tesis que se regule ampliamente a las franquicias en nuestra legislación, para poder lograr una mejor eficiencia económica.

²⁵ 95 el artículo 1501 del tratado de libre comercio establece

- 1.- Cada una de las partes adoptara o mantendrá medidas que prohíban practicas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvaran al cumplimiento del objeto y los propósitos de este tratado, con este fin, las partes realizaran ocasionalmente consultas sobre la eficacia de las medidas adoptadas por cada parte.**
- 2.- cada una de las partes reconoce la importancia de la cooperación y coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Las partes cooperaran también en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia y consultaran sobre asuntos de interés mutuo, incluidos la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta e intercambio de información relativa a la aplicación de leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio.**
- 3.- ninguna de las partes podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este tratado respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este artículo.**

CAPÍTULO 3

FRANQUICIAS

3.1 INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO

Este capítulo tiene como objetivo definir qué es una franquicia, saber cuáles son sus características, ventajas y desventajas, se observará también los esfuerzos que fuera de la Ley se han dado para regular a esta figura y darles una mejor protección a los sujetos pudiendo mencionar a la Asociación Mexicana De Franquicias, además de estudiar el papel que la Ley De Propiedad Industrial realiza y los esfuerzos que internacionalmente se han realizado en cuanto a franquicias se trata.

3.2 LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

En la década de los noventa, podemos apreciar una fuerte tendencia nacional y mundial al desarrollo de esquemas adecuados para la protección de la propiedad intelectual, fomentando el desarrollo tecnológico, la apertura comercial y la sana competencia.

Es entonces, que afortunadamente y buscando una apertura económica el 27 de junio de 1991 se promulga en México la Ley De Fomento Y Protección A La Propiedad Industrial, reformada tres veces, la primera el 2 de agosto de 1994, la segunda el 26 de diciembre de 1997 y la tercera el 17 de mayo de 1999 (Llamándose ahora la Ley De Propiedad Industrial) tiene como fundamento constitucional el apartado 8 del artículo 28 el cual menciona “tampoco constituyen

monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

La Ley De Propiedad Industrial se considera vanguardista por incorporar novedosos conceptos a nuestra legislación, así como eficientes esquemas de protección, entre los cuales destaca por su importancia en el ámbito comercial la figura de las franquicias. Aunque a pesar de incorporar la franquicia en la Ley De Propiedad Industrial se observa una falta de normatividad casi total de dicha figura; prevaleciendo la voluntad rectora de las partes en cuanto a sus relaciones comerciales, provocando esto a que se incurra en prácticas monopólicas.

Cabe señalar que conjuntamente con el nacimiento de las franquicias a la vida legal en México, se abrogan la Ley De Invenciones Y Marcas de 1976 y la Ley Sobre Control Y Registro De La Transferencia De Tecnología Y El Uso Y Explotación De Patentes Y Marcas Y Su Reglamento de 1982 y 1990 respectivamente, ordenamientos que si bien no preveían las figuras de las franquicias, si imponían serias limitaciones y frenos para el establecimiento y desarrollo de tal sistema como esquema de negocio, lo que en este momento queda absolutamente a voluntad de las partes, que como se dijo en el párrafo anterior es posible que dentro su clausulado se incurra en prácticas monopólicas, es por eso que se debe regular a los contratos de franquicia, tratando de ajustar todos los elementos necesarios con el fin de evitar dañar el mercado, y evitar así mismo que el clausulado provoque una restringida protección a la propiedad industrial, ocasionando así el desaparecimiento paulatino de este tipo de negocio.

De lo anterior podemos destacar que la figura de la franquicia está regulada por la Ley De La Propiedad Industrial, lo que nos obliga a conocer de forma general, que es la propiedad industrial.

3.2.1 PROPIEDAD INDUSTRIAL

La propiedad industrial tiene como sustento a las creaciones de tipo técnico tales como un producto nuevo, una mejora, un diseño original, un proceso de fabricación novedoso y a los signos de bienes y servicios en el mercado.²⁶

La propiedad industrial la podemos clasificar en: 1) creaciones industriales nuevas, siendo estas las patentes de invención, y los registros de modelos y dibujos industriales, 2) signos distintivos, siendo estos, los nombres comerciales, las denominaciones de origen, los anuncios o avisos comerciales y las marcas, siendo estas la característica fundamental de las franquicias.²⁷

Sabiendo ya el fundamento Constitucional, y la Ley que regula a la franquicia, en este momento nos toca estudiar qué es una franquicia, cuáles son los elementos que de ella emanan, cuáles son las ventajas y desventajas de esta figura, es decir todo lo necesario para poder conocer que es una franquicia.

3.3 FRANQUICIA

Steven Raab define a la franquicia como un sistema de comercialización, basado en un método para distribuir bienes o servicios, en el que intervienen una persona llamada franquiciador, quien desarrolla el método y presta su nombre o marca registrada, y otra persona llamada franquiciatario quien adquiere el derecho de operar un negocio siguiendo el método establecido, bajo el nombre o marca

²⁶ VILLAREAL GONDA ROBERTO, la propiedad industrial en México, 2^a ed. Ed. Porrúa, México 1995
p. 9

²⁷ Ídem p. 10

registrada del franquiciador.²⁸

Jalife Daher, establece que la franquicia es una licencia de uso de marca concedida por el titular de la misma, a favor de otra persona interesada en adquirir la autorización para su uso y explotación, siguiendo las normas básicas que el titular ha establecido previamente para tal efecto y una vez que ha sido informado por el titular sobre el estado económico que guarda su empresa.

Por su parte Quiroz Pedrazzi dice que “una franquicia es la posibilidad de usar una marca para distribuir bienes, al repetir un concepto comercial exitoso en un negocio propio, mediante la cual el franquiciador crece a través del financiamiento de otros capitales y el franquiciatario se hace de la tecnología de una marca y prestigio, y a cambio cede una regalía sobre las ventas de su local al franquiciador.”²⁹

Por su parte Kaufmann define a las franquicias como un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario se le concede a cambio de una contraprestación, el derecho de comercializar bienes y servicios de otro, de acuerdo a ciertas condiciones y prácticas establecidas del franquiciante y con su asistencia.³⁰

El artículo 142 de la Ley De La Propiedad Industrial menciona, 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 concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos, establecidos por el titular de la

²⁸ RAAB STEVEN Y GREGORY MATUSY, franquicias, Ed. Limusa, México 2002, p. 35

²⁹ QUIROZ PEDRAZZI ALEJANDRO, las franquicias, revista época, año 2, número 19, México 1992 p. 43

³⁰ KAUFMANN DAVID, franchising business strategies and legal compliance, nueva cork 1998, p. 15

marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio o imagen de los productos o servicios a los que esta designe.

De las anteriores definiciones destacan ciertas características, que debe tener toda franquicia para que sea considerada como tal, las cuales son, la marca, licencia de uso, la información técnica necesaria por parte del licenciante para cumplir con los objetivos de la empresa, la uniformidad del producto o servicio y el pago del franquiciatario al franquiciante (Contraprestación) ahora Procederemos a estudiarlas detenidamente.

3.4 CARACTERÍSTICAS DE LA FRANQUICIA

3.4.1 MARCA

Una marca es el signo de vida de que se valen los industriales, los comerciantes y prestadores de servicios para diferenciar sus mercancías o servicios de los de sus competidores.³¹

La Ley De Propiedad Industrial en su artículo 88 dice se entiende por marca todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.

³¹ RANGEL MEDINA DAVID, tratado de derecho marcario, Ed. Libros de México, p. 153

3.4.2 CLASIFICACIÓN DE MARCAS

- a) Por su objeto las marcas pueden ser marcas de productos y marcas de servicios.

- b) Por el sujeto del titular de la marca, pueden ser marcas industriales y marcas de comercio.

- c) Por su composición, integración o formación, en donde las marcas pueden ser:
 - Nominativas o denominativas,³² si estas consisten en un vocablo, una palabra o una frase, su importancia radica en que su distinción debe ser fonéticamente, debiendo ser distintivas para poder diferenciar los productos o servicios en un mercado de su misma clase.³³

 - Figurativas, innominadas o gráficas, cuando el signo es un dibujo, emblema o una combinación de colores que estén mostrados en una superficie, este tipo de marca se puede reconocer visualmente pero no fonéticamente.

 - Tridimensional cuando estas tengan volumen, pudiendo ser un frasco, un envase, etc.

³² RANGEL MEDINA DAVID, derecho de la propiedad industrial e intelectual, UNAM, México 1991 p. 49

³³ <http://www.impi.gob.mx/web/docs/marcas>

- Mixtas, cuando resulten de una combinación de las tres formas anteriores citadas.

El artículo 89 de la Ley De Propiedad Industrial dice “pueden constituir una marca los siguientes signos:

I.- Las denominaciones y figuras visibles.

II.- Las formas tridimensionales.

III.- Los nombres comerciales y denominaciones o razones sociales.

IV.- El nombre propio de una persona física.

Además existen otros tipos de figura de protección que son:

- a) Marca colectiva. La cual puede ser cualquier signo distintivo que las asociaciones o sociedades de fabricantes, productores, comerciantes o prestadores de servicio, soliciten., para que se distingan sus productos o servicios de otros productores o servicios en el mercado.
- b) Nombre comercial. Cualquier denominación que sirve para distinguir una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios, dentro de la zona geográfica en donde este su clientela efectiva, en muchas ocasiones el nombre comercial es el objeto de las franquicias, dentro de las clases de

franquicias, que mas adelante analizaremos encontramos las franquicias de servicio en donde el franquiciado ofrece un servicio bajo el signo, nombre comercial y/o la marca del franquiciador, con la dirección y asistencia técnica necesaria. Con esto podemos ver que los nombres comerciales pueden ser objeto de franquicia.

- c) Aviso comercial. Las frases u oraciones que sirvan para anunciar al público, productos o servicios, establecimientos, comercios, industrias para que el público consumidor los distinga.

Se ha dicho que una marca puede estar constituido por un signo, ya sea denominación, diseño o forma tridimensional, sin embargo en ningún momento debe pensarse que todos los signos pueden formar parte de una marca y con base a eso concedérseles algún registro, el artículo 90 de la Ley De Propiedad Industrial nos indica con claridad que tipos de signos no pueden constituir una marca, por citar alguno de ellos, encontramos que no son registrables por ejemplo, los signos que imiten o reproduzcan escudos, banderas o emblemas de cualquier estado sin autorización para tal efecto, las letras, números y colores aislados, las denominaciones geográficas, propias o comunes y los mapas, las denominaciones de poblaciones o lugares que se caractericen por la fabricación de ciertos productos y sean estos los que se pretendan amparar entre otras.

Las marcas pueden constituir uno de los activos más valiosos de cualquier empresa, máxime tratándose de una franquicia, por lo que una protección adecuada, debe ser lo suficientemente amplia para cumplir realmente con sus objetivos, entre los cuales se encuentran:

1.-Reservarse el uso exclusivo del signo distintivo, facultando al titular para ejercitar acciones legales y en consecuencia evitando que un tercero invada los derechos.

2.-Evitar acciones derivadas de utilizar el signo distintivo cuando este, o uno semejante en grado de confusión se encuentra registrado por tercero de buena o mala fe.

3.-Otorgar seguridad al titular del registro, permitiéndole acreditar la marca como sinónimo de prestigio, calidad, y servicio relacionados con los principios empresariales.

4.-Otorgar seguridad jurídica a los eventuales franquiciatarios, garantizando a los mismos el uso pacífico de las marcas y evitando posibles conflictos con estos o con terceros,

5.-La existencia y licenciamiento de un registro marcario, se considera como un requisito esencial para el otorgamiento y existencia de una franquicia al respecto el artículo 136 de la Ley De Propiedad Industrial establece “el titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o mas personas.”

Es importante mencionar que en el contrato de franquicia pueden intervenir otro tipo de figuras de protección de propiedad industrial, además de la marca, ya que la marca puede ser de una innovación tecnológica protegida como patente, secreto industrial, etc. Es decir en este momento nos encontramos con elementos

que de igual forma están protegidas por la Ley De Propiedad Industrial así que se analizarán algunas características de estas figuras.

3.4.3 PATENTE

Una patente es la certificación que el IMPI otorga tanto a personas físicas como a morales, la cual les permite explotar exclusivamente invenciones³⁴ que consistan en nuevos productos o procesos durante un plazo improrrogable de 20 años contados a partir de la presentación de la solicitud correspondiente.

Al respecto el artículo 15 de la Ley De Propiedad Industrial establece que serán patentables las invenciones que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva³⁵ y susceptible de aplicación industrial³⁶ así mismo el artículo 17 de la Ley De Propiedad, Industrial establece que se considera nuevo todo aquello que no se encuentre en el estado de la técnica.

³⁴ De acuerdo al artículo 19 de la ley de propiedad industrial, se establece que no se consideran invenciones: los principios teóricos o científicos, los descubrimientos que consistan en dar a conocer o revelar algo, que ya exista en la naturaleza aunque fuese desconocido para el hombre, los esquemas, planes, reglas y métodos para realizar actos mentales, matemáticos, los programas de computación, las formas de presentación de información, las creaciones estéticas y las obras artísticas o literarias, los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y los relativos a animales, la yuxtaposición de invenciones conocidas o mezclas de productos conocidos.

³⁵ se considera actividad inventiva al proceso cuyos resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para un técnico en la materia.

³⁶ para que sea considerada de aplicación industrial tiene que existir la posibilidad de que una invención pueda ser producida o utilizada en cualquier rama de la actividad económica

El otorgamiento de patentes es de suma importancia ya que es una manera de promover la creación de invenciones de aplicación industrial, fomenta el desarrollo y explotación de la industria y el comercio así como la transferencia de tecnología.

Si bien es cierto la actividad inventiva se da a conocer, se publica y se explican todos los beneficios que dicha invención traen consigo, por lo que el inventor esta expuesto a que sus ideas puedan ser robadas, es por eso la importancia de patentar dicha invención, para que el inventor se evite de problemas y, obtenga así el derecho exclusivo sobre dicho invento, al respecto el artículo 25 establece que el derecho exclusivo de explotación de la invención patentada confiere a su titular las siguientes prerrogativas:

1.-Si la materia objeto de la patente es un producto, el derecho de impedir a otras personas que fabriquen, usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto patentado sin su consentimiento.

2.-Si la materia del objeto de la patente es un proceso se tiene el derecho a impedir que usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto obtenido directamente de ese proceso, sin su consentimiento.

De lo anterior destaca lo importante que es patentar una invención y los beneficios que dicha patente otorga.

Después de analizar la característica esencial de una franquicia que es la marca y el papel que juega la patente dentro de una franquicia, proseguiremos a analizar otro elemento indispensable en una franquicia, la licencia de uso.

3.5 LICENCIA DE USO

En la Ley De Propiedad Industrial, quien logra tener el registro de una marca tiene el derecho a la utilización exclusiva de la misma, derecho que puede ceder en su totalidad o parcialmente.

La licencia puede consistir en una autorización limitada en el tiempo y con distintas formas de pago.

La licencia es un acto jurídico en virtud del cual el titular de un derecho (Ya sea patente, diseño industrial, modelo de utilidad, marcas) autoriza a otro su explotación, sin desprenderse de la titularidad del derecho, recibiendo como contraprestación una suma de dinero que generalmente se vincula a las ventas o a las utilidades obtenidas.

En el artículo 136 de la Ley De Propiedad Industrial dice el titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o mas personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca registrada.

3.6 UNIFORMIDAD

El concepto de uniformidad del producto o servicio, o de estandarización, esta íntimamente ligado al concepto de la marca y el nombre comercial, pues el consumidor, por medio de estos signos distintivos va a identificar el producto o

servicio que quiere y conoce anticipadamente y la calidad que tiene el bien que pretende adquirir.

Esta uniformidad de productos y servicios, que están unidos a un control de calidad son elementos necesarios y así cuando el franquiciatario cambia las características del producto o el servicio objeto de la franquicia “viola una regla básica de la moderna franquicia: que cada franquiciatario debe conformar su producto o servicio al patrón modelo, después de todo el cliente espera consistencia. La falta de consistencia impide crecer el sistema de franquicias además de dañar la imagen y reputación³⁷, así este elemento de uniformidad es el fundamento principal para que los franquiciantes realicen un clausulado excesivo en los contratos de franquicia, logrando así caer en practicas monopólicas.

En la Ley De Propiedad Industrial se establece que el objeto de la franquicia es que el franquiciatario pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca es decir es requisito indispensable que tenga las mismas características que la marca registrada, sin que por eso se tengan que establecer determinado tipo de cláusulas como adquirir únicamente del franquiciante o de determinados proveedores designados por este, equipo, productos, servicios etc.

³⁷ FARINA JUAN, transferencia de tecnología, derechos intelectuales, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina 1991, p. 252

3.7 LA TRANSMISIÓN DE CONOCIMIENTOS Y TECNOLOGIA

Farina M. Juan dice que transferencia de conocimientos y tecnología, significa pericia técnica y habilidad practica necesaria para ejecutar fácil y eficientemente una operación destinada a producir bienes o servicios.

De acuerdo a Lenski “es la información, métodos e instrumentos por medio de los cuales la gente utiliza los recursos materiales de su ambiente para satisfacer sus diversas necesidades y deseos.

En el artículo 142 encontramos “existirá franquicia..... Cuando se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica.....” de esta definición rescatamos dos conceptos, conocimientos técnicos y asistencia técnica. El primer concepto se conoce, generalmente como Know How puede variar durante la vigencia del contrato, y el franquiciante hará saber al franquiciatario los cambios y actualidad de los conocimientos desarrollados para explotar el negocio, el know how, debe remitirse detalladamente en manuales, instructivos, diseños y otra clase de información.

La expresión Know How, es de origen norteamericano, proviene de la unión de dos palabras del idioma ingles “to Know”= saber y How= como, significa, entonces, saber hacer, con lo lleva implícita la idea de cómo llevar a la práctica una idea determinada, de cómo saber algo.

En conclusión señala que “es el saber técnico práctico capaz de llevar a efecto de la mejor manera económicamente competitiva, una idea industrial.”

Por su parte la asistencia técnica es un flujo continuo de instrucciones, directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado,³⁸ este término puede confundirse o abarcar algunos conocimientos técnicos del know how, pero tiene como característica que esta asistencia se presta en forma personal por técnicos o personal del franquiciante.

Se convierte para el franquiciante una obligación de hacer, y se debe de cumplir durante la vigencia del contrato, estas visitas del franquiciante al franquiciado “ayudan a iniciar la operación y también asistir en la solución de los problemas de producción.

La transmisión de conocimientos y tecnología, la hace el franquiciante mediante normas, manuales, guías, capacitación al personal e inspecciones periódicas, y esto a su vez asegura la uniformidad requisito indispensable mencionado anteriormente.³⁹

En muchas ocasiones dentro del clausulado del contrato de franquicia se establece la cláusula de confidencialidad, es decir no comunicar o usar, en beneficio que no sea propio, la tecnología, conocimientos, Know How etc.

Sobre esta cláusula abordaremos más adelante, pero es importante mencionarlo porque nos encontramos con otra figura regulada por la Ley De Propiedad Industrial, “el secreto industrial”, en su artículo 82 menciona “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

³⁸ ÁLVAREZ JAIME, la regulación de las invenciones, marcas y de la transferencia de tecnología, Ed. Porrúa, México 1979, P. 323

³⁹ FLECHOSO SIERRA JOAQUIN, el libro de la franquicia, Ed. Biblioteca nueva, Madrid 1977, p. 40

mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto en la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

No todos los conocimientos que se transmitan y se le otorgue cláusula de confidencialidad es considerado secreto industrial, de acuerdo al tercer párrafo del artículo 82.

Por su parte en el segundo párrafo del artículo 84 de la Ley De Propiedad Industrial, menciona: “en los convenios por los que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos industriales que contemplen las cuales deberán precisar los aspectos que comprenden como confidenciales.

No debemos confundir el Know How con el secreto industrial, pues el carácter secreto del conocimiento es una condición de know how pero no es elemento esencial de este, habida cuenta que, además no todo know how es un secreto industrial, pero todo secreto industrial si es un know how⁴⁰, el know how indica algo esencialmente diferente a la información secreta y confidencial.

La cláusula de confidencial en muchas ocasiones es establecida dentro del contrato incluso como una obligación post contractual, que como veremos en el capítulo siguiente puede ser una cláusula que incurra en práctica monopólica, pudiendo así la Comisión Federal De competencia económica declarar a esa cláusula como práctica monopólica, imponiéndole a su vez una sanción al

⁴⁰ GOMEZ SEGADA JOSE ANTONIO, el secreto industrial, Ed. Tecnos, Madrid España 1974, P. 158

franquiciante lo cual no sería el mismo caso de ser un secreto Industrial, ya que el franquiciatario tiene la obligación de no revelar dicho secreto industrial de acuerdo al artículo 85 de la Ley De Propiedad Industrial.

3.8 CONTRAPRESTACIÓN

El pago de diversas cantidades que el franquiciatario hace al franquiciante, ésta gradualmente ligado a los resultados de la operación del negocio del franquiciado, de estos pagos hay dos conceptos básicos: el pago inicial o cuota, que da derecho a la franquicia y las regalías (Royalties) como pagos periódicos.

Una clasificación más extensiva de los posibles pagos que se pueden dar son:

- Pagos iniciales

1.- Derecho de franquicia.

2.- Desarrollo de la franquicia, franquicia de área.

3.-Entrenamiento.

4.-Aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio.

5.-Diseño arquitectónico.

- Pagos periódicos

1.- Regalías, pudiendo ser de porcentaje fijo, cuota mínima, posible incremento o decremento según pagos, etc.

2.- Por servicios diversos.

3.- Contribución para la publicidad y mercadotecnia.

4.-Cargos por servicios especiales como contabilidad, servicio de computación preparación de facturas, financiamiento, entrenamiento, consultoría, asistencia técnica especializada.

- Pagos de renta

1.- De inmueble.

2.- Del equipo, instalaciones, anuncios, señales.

- Pagos por venta de

1.- Equipo, instalaciones, anuncios y señales.

2.- Producto terminado que vende el franquiciatario al cliente.

3.- Materia prima, ingredientes que utiliza el franquiciatario.

4.- Servicios de distribución y comisiones a agentes vendedores.

5.- Material de publicidad.

- Comisiones a terceros proveedores del franquiciatario.

- Intereses por préstamos al franquiciatario.

Hemos visto ya las características que tiene una franquicia, y en este momento es indispensable conocer cómo pueden ser estas franquicias, es decir cuáles son las clases de franquicia que existen, las formas que pueden adoptar, y las características que las hacen un tipo de negocio diferente.

3.9 CLASES DE FRANQUICIA

Pérez Miranda hace la siguiente clasificación:

- a) Franquicias de producción, en donde el franquiciatario fabrica, siguiendo las indicaciones del franquiciante, los productos que luego puede vender o distribuir.

- b) Franquicia de servicios: el franquiciatario ofrece un servicio bajo el signo, el nombre y/o la marca del franquiciador, con la dirección y la asistencia técnica necesaria.

- c) Franquicia de distribución: el franquiciatario adquiere los productos del franquiciador y los distribuye, identificando una relación específica entre los consumidores prestando este ultimo asistencia técnica.

- d) Franquicia industrial esta clase de franquicia es diferente a las otras clases de franquicia, en donde el elemento fundamental es la patente o el secreto industrial, pero ambas figuras deben de estar bajo una marca para que se siga considerando una franquicia y no se confunda con otro tipo de negocio.

En cuanto al espacio geográfico en donde el franquiciatario ejerce privilegios sobre la franquicia que se le concedió, aparece la siguiente clasificación:

- a) Franquicia unitaria: el franquiciado tiene el derecho de abrir y operar un solo establecimiento, por lo general en una localidad específica en un territorio determinado.
- b) Área de desarrollo de franquicia: el franquiciatario tiene derecho exclusivo de abrir un número limitado e ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico, esta clase de franquicia es la que da lugar a lo que se conoce como subfranquicia en donde el franquiciatario tiene el derecho exclusivo de abrir un número limitado o limitado de establecimientos dentro de un territorio específico “ 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 de las subfranquicias se desprenden los siguientes elementos, algunos de estos son:

1.-Un contrato principal de franquicia.

2.-Un contrato derivado, es decir un subcontrato de franquicia, entre el franquiciatario que se estaría convirtiendo en subfranquiciante y el subfranquiciatario.

3.-Autorización por parte del franquiciante para que el franquiciador pueda subfranquiciar la franquicia.

4.-Que el contrato de subfranquicia no rebase los límites del contrato de franquicia.⁴¹

c) Contrato de opción: El franquiciatario tiene el derecho de abrir y trabajar un establecimiento y con un pago extra, puede abrir otro establecimiento más o varios establecimientos adicionales en un tiempo futuro determinado.

D) Conversión o franquicia: Tiene por objetivo convertir o incluir dentro un sistema de franquicia a un establecimiento independiente que ya existía y que ya estaba operando.

Sabemos ya qué es una franquicia, sus características y qué clase de forma pueden tomar, ahora estudiaremos cuáles son las ventajas de una franquicia, ventajas que se deben tomar en cuenta al momento de regular el contrato de franquicia, ya que si bien es cierto los contratos de franquicia pueden caer en prácticas monopólicas y dañar la competencia económica, también pueden traer grandes beneficios en la economía del país, expandiendo el comercio, explotando pequeñas y medianas empresas, asegurando el triunfo de un negocio y consecuentemente la seguridad a varios comerciantes así como a un gran número de empleados, entre otras ventajas.

3.10 VENTAJAS DE LAS FRANQUICIAS

Las franquicias permiten a las compañías ampliarse con rapidez así como financiar parte de ese crecimiento con dinero de terceros, este tipo de negocios ayuda a expandir un negocio que de otra manera le sería muy difícil, igualmente

⁴¹ MALDONADO CALDERON SONIA, contrato de franquicia, Ed. Jurídica de Chile, Chile 1994, p.64

los empresarios pequeños tienen más posibilidad de triunfar por la estructura que el franquiciante tiene y le va a otorgar al franquiciatario.

Las franquicias tienen ventajas para ambas partes, ya que para ambas partes la franquicia tiene un mismo objetivo “la exitosa operación del negocio.”

3.10.1 VENTAJAS DEL FRANQUICIANTE

1.-Puede hacer crecer su negocio.

2.-Tiene la posibilidad no nada más de crecer sino de crecer con recursos de otros sin tener que invertir.

3.-Es una fuente de ingreso constante, ya que se le tiene que pagar regalías.

4.-Conserva la vigilancia del negocio, el control de la calidad y las normas sobre el uso de su marca o nombre comercial.

5.-El franquiciatario se hace responsable de las relaciones laborales y de las relaciones con el fisco, ya que es un contribuyente distinto al franquiciante.

6.-Tiene el derecho que se le informe acerca del negocio y pueda dar instrucciones correctivas al franquiciatario.

3.10.2 VENTAJAS PARA EL FRANQUICIATARIO

1.-Realiza una inversión en un negocio probado, es decir no tiene el mismo riesgo para que funcione que si empezara con un negocio completamente nuevo e independiente.

2.-Recibe información y tecnología.

3.-La capacitación la proporciona el franquiciante y además este la costea.

4.-Algunas veces la inversión es menor que lo que le costaría la inversión para hacer un nuevo negocio.

5.-Las regalías que tiene que pagar, depende de los resultados de la negociación, así que son costos variables y proporcionados.

Ambas partes tienen grandes ventajas, el cual es el objetivo y fin al establecer una franquicia, pero si bien es cierto estos beneficios deben de ser proporcionales y no abusivos para ninguna parte, es por eso nuestro tema de estudio, lo cual analizará mas adelante, es decir cómo el franquiciante puede abusar de sus beneficios y en cierta forma perjudicar al franquiciatario, además de incurrir en prácticas prohibidas por esta Ley.

Como ya lo habíamos mencionado, las franquicias no solo le trae beneficios a las partes que celebran el contrato, sino que también ayudan a la economía del país alcanzando las franquicias un gran numero de ventas, generando riqueza en el país y proporcionando millones de empleos.

Los consumidores juegan un papel muy importante en los negocios de franquicias, ya sea como perjudicados, por que pueden sufrir algún perjuicio por parte de sus proveedores (franquiciante y franquiciatario) o por obtener algún beneficio.

Algunas de estas ventajas son:

1.-Certidumbre. Si bien es cierto la conducta natural de los consumidores frente a un producto o servicio nuevo es la desconfianza, buscan lo familiar y probado, así que el sistema de franquicia al determinar métodos idénticos da seguridad a los consumidores que en cualquier establecimiento de x marca van a recibir los productos y servicios con el mismo nivel de calidad.

2.-Productos y servicios mas baratos, este sistema de comercialización tiene una operatividad con menores costos que los tradicionales, lo que a su vez provoca que el precio final sea menor y que el consumidor obtenga dicho producto o servicio mas barato.

El sistema de operación que da como resultado costos bajos, lógicamente es que el franquiciante compra todos los insumos a un proveedor, y que al comprar por mayoreo consigue los precios mas bajos, consecuentemente este tipo de operación trae como resultado que en el contrato de franquicia se establezca una

cláusula en donde el franquiciatario se obligue a adquirir todos los productos del franquiciante, lo que ocasiona que se incurra en una práctica monopólica ya que el artículo 10 de la Ley Federal De Competencia Económica, considera como práctica monopólica el contrato que imponga “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.

Es por eso la necesidad de regular los contratos de franquicia, ya que por un lado se obtienen beneficios como el mencionado anteriormente, y por el otro se incurre en práctica monopólica, limitando además la entrada de otros proveedores de mercado.

3.- Pueden abastecerse en sectores no industrializados de productos o servicios de alta técnica y calidad etc.

La falta de regulación en nuestro país sobre el contrato de franquicia, ha ocasionado muchos abusos y sobre todo a los franquiciatarios, ya que carecen de la información necesaria para celebrar un contrato de franquicia, es por eso que la Asociación Mexicana de Franquicias ha sido creada con el fin de promover información, para que las partes en un contrato de franquicia conozcan sus derechos y los perjuicios que les puede ocasionar ciertas cláusulas del contrato, además de difundir información, promover este tipo de negocios y asesorar a las partes que quieran vender o adquirir una franquicia.

La Asociación Mexicana De Franquicias realiza estas actividades con el fin de que las franquicias crezcan cada día más y con grandes beneficios.⁴²

⁴² HERNANY VEYTIA PALOMINO MARIA, la franquicia, Ed. Porrúa, México 2003, P. 15

3.11 LA ASOCIACION MEXICANA DE FRANQUICIAS

La Asociación Mexicana De Franquicias se crea en 1989 y tiene como objetivo promover acciones que permitan mejorar las condiciones en las que se encuentra el sector de franquicias en México, dar asesoría tanto a los franquiciantes, como franquiciatarios, además de ofrecer un modelo de cómo puede ser un contrato de franquicia,⁴³ etc.

Durante el año 2001, la Asociación Mexicana De Franquicias promovió la creación de la Norma De Franquicias, el cual es un documento que refleja lo que debe cumplir cualquier empresa que se considere seria y profesional en el mundo de la franquicia, fue desarrollada por miembros afiliados y consultores de la Asociación Mexicana De Franquicias, en conjunto con la CALMECAC (Calidad Mexicana Certificada, A.C.) empresa dedicada desde hace varios años a la certificación de cumplimiento de diversas normas, tales como ISO 9000, ISO 14000, etc.

El objetivo principal es facilitar el otorgamiento de créditos para franquicias y que también sirva como elemento de referencia para inversionistas, además aborda diversos aspectos fundamentales tales como elementos legales, de administración, de comercialización y de mercadotecnia.

A nivel internacional existen diversos tratados promoviendo y regulando la propiedad industrial, pero en cuanto a las franquicias no hay gran regulación al respecto, de hecho la reglamentación la dejan a criterio de las partes contratantes, al respecto la ADPIC (Acuerdo sobre los ADPIC es el anexo 1c del

⁴³ <http://www.franquiciasdemexico.org/objetivos.html>

acuerdo de Marrakech por el que se establece la organización mundial de comercio. Firmado en Marrakech, Marruecos el 15 de abril de 1994) en el artículo 21 de la sección 2 se establece “los miembros podrán establecer las condiciones para las licencias y la cesión de las marcas de fábrica o de comercio, quedando entendido que no se permitirán las licencias obligatorias de marcas de fábrica o de comercio y que el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada tendrá derecho a cederla con o sin la transferencia de la empresa a la que pertenezca la marca, así mismo en la sección 8, del artículo 40 del mismo acuerdo se establece:

1.-Los miembros convienen en que ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las Licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología.

2.-Ninguna disposición del presente acuerdo impedirá que los miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente. Un miembro podrá adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del presente acuerdo, medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas, que pueden incluir las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias, a la luz de las Leyes y Reglamentos pertinentes de este miembro.

En el mismo sentido el artículo 1708 apartado 11 del Tratado De Libre Comercio De América Del Norte establece “cada una de las partes podrá establecer condiciones para el licenciamiento y la cesión de marcas en el entendido que no se permitirán las licencias obligatorias de marcas y que el titular de una marca registrada tendrá derecho a cederla con o sin la transmisión de la empresa a que pertenezca la marca, así mismo en el artículo 1704 se establece:“ninguna disposición de este capítulo impedirá que cada una de las partes tipifique en su legislación interna prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que, en casos particulares, puedan constituir un abuso de los derechos de propiedad intelectual, con efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente, cada una de las partes podrá adoptar o mantener, de conformidad con otras disposiciones de este tratado, las medidas adecuadas para impedir o controlar dichas prácticas o condiciones.

De lo anteriormente mencionado queda claro que está a cargo de los Estados regular acerca de las franquicias, protegiendo a su vez la competencia económica.

México no ha regulado detalladamente a la figura de la franquicia, lo que resulta fundamentalmente indispensable, ya que hoy en día el clausulado de los contratos de franquicia caen continuamente en prácticas monopólicas, situación que de no ser regulada buscando un equilibrio por una parte entre la libre competencia y por la otra en la uniformidad y calidad en los productos y servicios de las franquicias, esa figura podría ir desapareciendo por falta de protección que se le da al titular de dicha propiedad industrial al considerarse práctica monopólica cláusulas que el franquiciante las considera como protección.(aunque algunos casos mas que buscar una protección se abusa de su poder).

No obstante al considerar ciertas cláusulas del contrato de franquicias como prácticas monopólicas, no se está violando ni el ADPIC, ni el TLCAN, por otorgar ambos la facultad de regular las licencias de uso y por permitir ante todo la protección de la competencia económica.

Si bien es cierto y como ya lo mencionamos anteriormente, los tratados internacionales poco nos hablan de las franquicias, pero se ha buscado proteger de cierta manera a las partes en el contrato de franquicia, para que vean en la franquicia, el negocio adecuado para su crecimiento económico, el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado se ha esforzado en crear Leyes modelo para unificar el derecho internacional privado y establecer principios que sirvan de guía a los sujetos del contrato antes de realizar un contrato de franquicia, a continuación se analizará brevemente qué es la UNIDROIT, cuando nació y los avances que ha realizado en las franquicias.

3.12 UNIDROIT

El Instituto Internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT) fundado en 1926 como órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones y reconstituido en 1940, es una organización intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldobrandini en Roma. Su finalidad es la armonización y coordinación del derecho privado, en particular del derecho comercial, entre los Estados y entre grupos de los Estados.

La finalidad del Derecho Uniforme es facilitar las relaciones entre los Estados y entre las personas de los distintos Estados.⁴⁴

Los beneficios de un Derecho Uniforme son, por un lado tener las mismas o muy parecidas normas implica menos sorpresas por las partes contratantes, además de una mayor certeza de lo que es el derecho en otros países y una reducción del gasto de recurrir a profesionales del derecho, facilita las relaciones entre las naciones y sus individuos.

Encontramos varios instrumentos para la unificación y armonización del Derecho Internacional, pudiendo ser Convenciones, Tratados, Leyes Uniformes, Leyes Modelo, etc. Pero no a todos se les puede tratar de la misma manera, de los distintos instrumentos las Convenciones son los más estrictos y su ventaja de que sean rigurosos, consisten en que proporcionan una mayor certeza jurídica ya que los textos aprobados son incorporados a la legislación de los Estados contratantes, por otra parte las Leyes Modelo son mas flexibles, tienen como intención permitir que los Estados efectúen los cambios que consideren necesarios para satisfacer los requerimientos específicos de su país, la ventaja de estas Leyes Modelo es la posibilidad de incluir disposiciones que aun cuando los Estados no pudieran aceptarlos de ser una Convención, en una Ley Modelo se pueden adoptar ciertas disposiciones que pueden adecuarse a la legislación de cada país, claro que un problema importante en este tipo de instrumentos es que la flexibilidad determina una menor uniformidad, además de no considerarse obligatorio a menos que en el contrato de franquicia las partes acuerden lo contrario.

⁴⁴ KLEIDERMACHER JAIME, *franchising aspectos económicos y jurídicos*, 2^a ed. Ed. Abelardo-Perrot, Buenos aires, p. 179

En cuanto a las franquicias, UNIDROIT preparó la Ley Modelo sobre divulgación de informaciones en materia de franquicia 2002, en la cual se limitó a regular la parte precontractual, ya que se observó que uno de los principales problemas en los casos de franquicia era que el franquiciante no daba la información adecuada antes del perfeccionamiento del contrato, lo que provocaba abusos por parte de los franquiciantes a los franquiciatarios, consecuentemente no se le dió gran protección al franquiciante por considerarse que no era necesario otorgar al franquiciante el mismo grado de protección que al franquiciatario ya que sería una práctica comercial normal que el franquiciante le pida la franquiciatario cierta información antes de otorgar una franquicia.

Al respecto es importante mencionar que en el artículo 65 del Reglamento De La Ley De Propiedad Industrial se establece cierta información que el franquiciante le debe de proporcionar al franquiciatario antes de la celebración del contrato, tales como el nombre, denominación o razón social, y nacionalidad del franquiciante, descripción de la franquicia, antigüedad de la empresa franquiciante, derechos de propiedad intelectual que involucra a la franquicia, montos y conceptos de pago que se deben realizar, tipos de asistencia técnica que debe proporcionar el franquiciante⁴⁵ etc.

si bien es cierto que la Ley Modelo UNIDROIT es más extensa y precisa en la información que el franquiciante debe de proporcionar, México no la puede adoptar sin antes reglamentar ampliamente a las franquicias, ya que mucha de esa información daría por entendido que se permiten prácticas monopólicas, es decir al establecer en el reglamento que el franquiciante le debe de decir al franquiciatario qué productos puede vender se esta aceptando que el franquiciante establezca esas cláusulas, cláusulas que están prohibidas por la Ley Federal De Competencia Económica, es por eso la necesidad de reglamentar a los contratos de franquicia, limitando cuando se puede autorizar ciertas cláusulas

⁴⁵ Al documento que contiene esta información se le conoce comúnmente como circular oferta de franquicia

prohibidas por la Ley Federal De Competencia Económica, con el fin de proteger la franquicia, a la propiedad industrial que ésta respalda, y en que momento mas que una protección se estará incurriendo en un abuso de poder afectando a distintos agentes económicos.⁴⁶

Por su parte la información que el franquiciante le debe otorgar al franquiciatario antes de celebrar un contrato de acuerdo a la Ley Modelo de UNIDROIT es la siguiente:

1.-La experiencia comercial que el franquiciante tenga, información relevante sobre cualquier procedimiento de quiebra, información sobre el tratamiento de las ganancias u otros beneficios que pueda recibir el franquiciante de cualquier proveedor de bienes o servicios.

2.-Circunstancias en que el franquiciante o el franquiciado pueden rescindir el contrato.

3.-Obligaciones de no competencia durante y después del plazo contractual (esta sería otro apartado que no podría haber en el reglamento de la propiedad industrial por estar prohibida por la Ley Federal De Competencia Económica).

4.-Reservas con relación a los bienes y servicios que el franquiciado pueda vender.

⁴⁶ DIAZ BRAVO ARTURO, contratos mercantiles, 4^a ed. Ed. Harla, México 1994, p. 220

5.-La confidencialidad por parte del franquiciado.

Esta información debe de suministre por escrito y proporcionarse con varios días de antelación a la fecha de la celebración del contrato.

Es totalmente necesario que se proporcione esa información antes de celebrar un contrato ya que el franquiciatario podrá saber si el negocio que va a realizar le va a traer beneficios, si por el contrario le va a traer perjuicios (desistiendo de dicho negocio por los riesgos y problemas que le podría traer), o bien aplazando la celebración del contrato con el fin de investigar, analizar o evaluar cualquier tipo de duda que hubiere tenido al adquirir la información proporcionada por el franquiciante.

Al saber ya qué es una franquicia, su ordenamiento legal, sus características, las ventajas y desventajas que ésta tiene, lo necesario que es la información pre-contractual, podremos adéntranos al estudio del contrato de franquicia así como analizar los efectos que por la falta de regulación del contrato de franquicia puedan tener.

CAPÍTULO IV

CONTRATO DE FRANQUICIAS Y SUS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS

4.1 INTRODUCCIÓN DEL CAPÍTULO

En este capítulo se estudiará a fondo el contrato de franquicia, su naturaleza jurídica, sus características, los derechos y obligaciones que emanan de las partes, las cláusulas que debe llevar un contrato y cuáles de estas cláusulas caen en prácticas monopólicas, como pueden combatirse y su relación con la Ley Federal De Competencia Económica.

Para poder llegar a la parte medular del capítulo, el clausulado y los derechos y obligaciones que emanen del contrato de franquicia, así como sus consecuencias, es necesario conocer qué es un contrato de franquicia, la naturaleza jurídica del contrato de franquicia y sus características.

4.2 CONCEPTO

Podemos definir un contrato de franquicia como “aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o de servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de

conocimientos técnicos y el uso de la marca y nombre comercial, a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación.⁴⁷”

Encontramos otra definición mas explícita en donde “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 su tecnología (know how) para la operación de un negocio. Por su parte, el franquiciatario se obliga al pago de una regalía y al estricto apego a todos y cada uno de los estándares y requisitos impuestos por el franquiciante.”

En consecuencia, podemos afirmar, que, para estas definiciones, la característica contractual comienza siempre por la concesión de licencia de uso de una marca, y se caracteriza por la transmisión de conocimientos técnicos, y la asistencia técnica, como dos de los objetivos fundamentales del propio contrato, que al ser puestos en operación según la idea de negocios comunes y con cierta autonomía, hacen la diferencia de las franquicias frente a otros contratos mercantiles, es por eso la importancia de analizarlos y a su vez diferenciarlos.

4.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Ubicar la naturaleza jurídica del contrato de franquicia no es nada fácil, ya que por sus características pueden llegar a confundirse con otras figuras jurídicas, es por eso necesario ubicar los elementos esenciales que la distinguen de éstas.

⁴⁷ ARCE GARGOLLO , op. Cit. Supra 78, p. 30

A continuación se expondrán algunas de estas figuras, su relación con las franquicias y los elementos que la distinguen:

Suministro:

Este contrato consiste esencialmente en que, una parte se obliga a ejecutar a favor de otra, prestaciones de manera periódica y continuada, mediante una contraprestación determinada en dinero.

Por su parte en el contrato de franquicia, el franquiciante le proporciona al franquiciatario, un servicio constante, cumpliendo con las características de calidad y elaboración, exigida por el franquiciante, la conexión íntima entre ambas figuras, es el servicio proporcionado por una persona, hacia un tercero de manera continua.⁴⁸

Los elementos que distinguen a estas figuras, es que en el contrato de franquicia, hay una intervención por parte del franquiciante con asistencia, supervisión y capacitación sin descuidar la administración del negocio o establecimiento, lo cual no sucede con el contrato de suministro, en el cual la relación es más directa entre el tercero y el suministrador, sin la intervención directa del concedente.

Agencia:

El franquiciatario opera como lo haría un agente del franquiciante, por como usa el nombre comercial y la marca del franquiciante, pero su diferencia radica en que el franquiciatario no actúa en nombre del licenciante, como ocurre en caso del agente con respecto a esto Theodore Coslmeear dice "la franquicia se distingue del contrato de agencia por el hecho de que el afiliado, empresario por sí mismo,

⁴⁸ ARCE GARGOLLO JAVIER, contratos mercantiles atípicos, 10ª ed. Ed porrua, México 2004, p.154

actúa en nombre propio y por cuenta propia, el agente, por el contrario, actúa en nombre y por cuenta de su principal.

Contrato de distribución:

El contrato de distribución “es aquel por el que el distribuidor se obliga a adquirir, comercializar, vender a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor en términos y condiciones de reventa que éste señale, también podrá imponerle obligaciones sobre la organización del negocio.

La distribución se parece a la franquicia, en que en ambos se imponen condiciones y términos para la comercialización de los productos o explotación de la empresa, pero su distinción radica en que el franquiciatario actúa con el nombre comercial y la marca del franquiciante, lo que no sucede con el distribuidor, ya que éste actúa con su propio nombre comercial y tal vez con su propia marca. así que en aquellos contratos de distribución en el que el concesionario utiliza la marca y/o el nombre comercial que ampara el producto, o el establecimiento del concedente, y que de algún modo se le transmita cierta tecnología para la distribución y venta de los productos, se esta en presencia de un contrato de franquicia.

Concesión administrativa:

“Es un acto por el que la Administración Pública Federal confiere a una persona condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprende la propiedad industrial.⁴⁹

⁴⁹ SERRA ROJAS ANDRES, derecho administrativo, 8ª ed. Ed. Porrúa, México 1973, p. 34

La concesión administrativa tiene por objeto únicamente la distribución de productos, encontrando la primera diferencia con el contrato de franquicia, ya que éste no solo distribuye productos, sino que también presta servicios.

Otra de sus diferencias es que la concesión la otorga el Estado para prestar un servicio público, y la franquicia se otorga contractualmente por un particular a otro.

Una tercera diferencia entre estas figuras es que la concesión al ser un acto administrativo la puede dar por terminada el Estado unilateralmente, cosa que no sucede en las franquicias.

Habiendo ya analizado la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, nos introduciremos a estudiar la clasificación, la cual nos ayudará a conocer las características propias de un contrato de franquicia.

4.4 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO

Cada contrato cuenta con una clasificación, la cual está basada en lo que establece la teoría general de los contratos y va en función de las características particulares que estos presentan, por lo tanto el contrato de franquicias es:

1.-Mercantil.- Ya que se celebra entre comerciantes ya sea para explotar una empresa, distribuir productos o revenderlos, el artículo 75 de la Ley De Comercio establece: la Ley reputa actos de comercio:

1) Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, de artículos, muebles o mercaderías.....

2) Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles.....

5) Las empresas de abastecimientos y suministros.....

7) Las empresas de fabricas u manufactureras.....

Otro concepto por el que no podemos dar cuenta de que los contratos de franquicia pertenecen a la rama de contratos mercantiles, es a través de la utilización, explotación y uso de las marcas ya la marca se aplica a efectos de comercio, a mercancías o bien, a servicios prestados por establecimientos comerciales.⁵⁰

De lo anteriormente expuesto se llega a la conclusión que el contrato de franquicia, es un contrato mercantil, por lo tanto se va a regir por las normas que regulan a éstos, pero en este momento surge una pregunta ¿Cuáles son estas normas?

⁵⁰ SEPULVEDA CESAR, el sistema mexicano de propiedad industrial, 2ª ed. Ed. Porrúa, México 1981, p.114

El artículo 1 del Código De Comercio establece “los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás Leyes Mercantiles aplicables.”⁵¹

No existe una regulación sistemática y específica del contrato mercantil en el Código De Comercio, es por eso que se aplica el Código Civil pero en este momento surge una pregunta ¿en donde esta el fundamento legal para que el Código Civil actué como norma supletoria del Código De Comercio?

La respuesta se encuentra en el artículo 81 del Código De Comercio que establece: “con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del Derecho Civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que invalidan los contratos.

Así mismo el artículo segundo del Código De Comercio remite como derecho supletorio de la normatividad mercantil al Derecho Común, que por la reciente reforma a esta disposición es el Código Civil para el Distrito federal, así aunque el artículo 81 del Código De Comercio, habla solamente de la supletoriedad respecto a la capacidad de las partes y a las ineficacias, resultan aplicables al contrato mercantil todas las disposiciones sobre el contrato para cualquier acto o negocio jurídico, al respecto el artículo 1859 del Código Civil Federal establece “las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos.

⁵¹ Artículo 1 del código de comercio

En muchas ocasiones los contratos de franquicias se celebran entre sujetos con diferente nacionalidad o residencia, la pregunta surge en cuanto a que derecho va a ser aplicable en caso de tener que resolver alguna situación jurídica que revele elementos extranjeros derivado del contrato de franquicia, el Derecho Internacional ha sido la base para incorporar en nuestra legislación los artículos 12, 13, y 14 del Código Federal Civil, en donde se establecen los elementos necesarios, para poder determinar que derecho se va a aplicar para resolver los problemas que surgan entre las partes.

2.-Bilateral.- Es bilateral porque crea obligaciones para las dos partes. El artículo 1836 del Código Civil Federal menciona “el contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

3.-Principal.- La validez y existencia del contrato de franquicia no dependen de otro contrato, sino que vale por sí mismo.

4.-Oneroso.- Se estipulan provechos y gravámenes recíprocos de carácter económico, el artículo 1837 del Código Civil Federal menciona “es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes” efectivamente el contrato de franquicia puede beneficiar o afectar económicamente a ambas partes.

5.-Formal.- Es formal en cuanto a que se requiere celebrarse por escrito e inscribirse en el Instituto Mexicano De La Propiedad Industrial para producir efectos en perjuicio de terceros pero entre las partes, es decir entre el franquiciante y el franquiciatario es consensual (se perfeccionan por el mero

consentimiento de las partes) ya que el registro solo es un requisito frente a terceros, pero no condiciona su validez entre las partes.

Al decir que el contrato de franquicia es consensual se está refiriendo a la posición que adopta la Ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma.

De lo anteriormente expuesto podemos decir que el contrato de franquicia es un contrato consensual, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, es decir la Ley no impone una forma particular. Al respecto el artículo 1832 del Código Civil Federal dice “en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados en la Ley.”

6.-De tracto sucesivo.- Esta clasificación también es conocida como de ejecución escalonada y consiste en que su ejecución no se da en un solo acto, sino que las partes van cumpliendo con sus obligaciones o ejecutando sus derechos una vez transcurrido un tiempo y estas prestaciones pueden repetirse en intervalos periódicos.⁵²

7.- Intuito personae.- El contrato se celebra tomando en cuenta las características personales de las partes que lo celebran.

⁵² SANCHEZ MEDAL RAMON, de los contratos civiles, 9ª ed. Ed. Porrúa, México 1988 numero 18

8.- De colaboración.- Consiste en que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra.

9.-Adhesión el contrato de adhesión es aquel en el cual “una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, que en el ejercicio de la empresa se realicen, las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser mas que pura y simplemente aceptadas.⁵³

Al respecto hay una jurisprudencia en donde se establece que un contrato de adhesión no afecta la validez del contrato: “el contrato llamado de adhesión supone que de acuerdo con la doctrina que una de las partes fija las condiciones a que debe sujetarse la otra en caso de aceptarlo, por ello dicha circunstancia no afecta su validez, ya que no implica la ausencia de la alternativa para aceptarlo o rechazarlo en forma total o parcial por parte de quien no interviene en su elaboración, por lo que no puede decirse que la voluntad expresada por este se encuentre viciada.

Generalmente el contrato de franquicia es de adhesión ya que el franquiciante elabora el contrato unilateralmente y la otra parte , si acepta, celebra el contrato , y si no está de acuerdo, simplemente no lo celebra, si bien esta característica del contrato resulta desventajosa para el franquiciatario, ya que se adhiere a un contrato celebrado por el franquiciante con un sinnúmero de estipulaciones complementarias al objeto del contrato, por lo tanto este tipo de cláusulas pueden ser abusivas e injustas para el franquiciatario. Pero no debemos olvidar que la realización de un contrato diferente para cada franquicia que se le va a otorgar a todos los franquiciatarios por parte del mismo franquiciante, puede resultar realmente desventajosa para muchos franquiciatarios, además de que difícilmente se alcanzaría la uniformidad de la que habla el artículo 142 de la Ley De

⁵³ DIEZ PICASO LUIS, fundamentos del derecho civil patrimonial, 2ª ed. Ed. Tecnos, Madrid 1983, tomo I, p. 223

Propiedad Industrial, en el sentido de que si en cada contrato hubiere una diversidad de cláusulas convenidas entre ambas partes, el contrato sería diferente en cada franquicia otorgada, es decir esta bien que haya un contrato base para todos los franquiciatarios, y que el franquiciatario se adhiera a este, pero ese contrato no debe ser abusivo lo cual como ya lo vimos anteriormente es muy difícil, y es por eso la importancia de reglamentar el contrato de franquicia.

10.-Atípico.- Es atípico por la falta de regulación en la ley, es decir “que el contenido obligacional del contrato aun no esta reglamentado.”

Si bien es cierto en la Ley De Propiedad Industrial se encuentra regulada la figura de la franquicia, pero esta figura regulada en la Ley antes mencionada no convierte al contrato de franquicia en una figura típica en México, ya que no se regula al contrato en su relación de derecho privado entre las partes, la única relación que se encuentra en la Ley es la relación entre las partes con la Administración Pública Federal, por ser el titular del registro de las licencias de uso de las marcas.

El artículo 1858 del Código Civil, regula lo referente a los contratos atípicos y establece “los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan mas analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Por otra parte los principios de UNIDROIT contemplan también los contratos atípicos en donde las partes determinan su contenido, al respecto establece “las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido.”

A pesar de estar regulada esta figura en nuestro marco normativo, y de establecer reglas supletorias, no se exenta de lo criticable y dañino que puede ser en los contratos de franquicia, ya que esta característica del contrato (La atipicidad) es la que en muchas ocasiones provoca el abuso por parte del franquiciante, así como un excesivo e inconstitucional clausulado, en donde en muchas ocasiones caen en prácticas monopólicas.

Es decir al ser un contrato atípico, el contenido esta a cargo de las partes, que por ser un contrato de adhesión, el contenido queda prácticamente a cargo del franquiciante, contenido que se establece totalmente a su favor, a su conveniencia que además de ser inequitativo, produce perjuicios al franquiciatario, cayendo además en prácticas monopólicas y lógicamente afectando la libre competencia y al consumidor, por otro lado el argumentar que el franquiciatario no esta desprotegido en el sentido de que hay Leyes que, en cierta forma lo protegen como las vistas anteriormente, no es suficiente, ya que en muchas ocasiones resultan ineficaces, en el sentido de que pueden ser utilizadas demasiado tarde, ya sea cuando el franquiciatario no tenga miedo de arriesgar su negocio, y perder su franquicia, o bien porque al celebrar el contrato pesa mas el objeto por lo que lo esta celebrando, las ventajas y beneficios que le puede traer, que las cláusulas abusivas y perjudiciales.

Debido a esta atipicidad en nuestro marco normativo así como en otros países, se desprende la importancia de contar con instrumentos jurídicos bien estructurados, completos, claros, transparentes y sobre todo que brinden seguridad al franquiciante y al franquiciatario, así como los derechos de propiedad intelectual a que hemos hecho referencia , ya que los términos, condiciones y características de la relación quedan arbitrio y voluntad de las partes, o mejor dicho del franquiciante con lo que un contrato bien sustentado, regularía de forma concreta las diversas relaciones comerciales que se podrán presentar, disminuyendo así los riesgos en una relación en la que se pretende que todas las partes obtengan

beneficios, protegiendo los bienes intangibles de la franquicia, optimizando así el valor de la misma y beneficiando sin abusos desmedidos al franquiciatario.

Asimismo por esta atipicidad se realizan ocasionalmente contratos sin un clausulado completo, sin prever cuestiones que con el tiempo podrían surgir y traer consigo consecuencias, al respecto, por falta de esta tipicidad del contrato la Asociación Mexicana De Franquicias, en su continuo esfuerzo de promoción y difusión del desarrollo y consolidación del sistema, se ha autorregulado y ha generado la Norma Mexicana De Franquicias, la cual si bien es de cumplimiento voluntario, establece una serie de requisitos legales, operativos, administrativos, comerciales, financieros y estratégicos para las franquicias, perfilándose como una herramienta fundamental por todos los beneficios que representa para el franquiciante y la certeza que ofrece el franquiciatario.

Habiendo estudiado ya las características del contrato de franquicia, así como lo benéficas o lo perjudiciales que éstas pueden resultar, a continuación nos adentraremos ya al contrato de franquicia en sí, es decir a las partes, así como sus derechos y obligaciones, además de los problemas que se pueden ocasionar en un contrato de franquicia.

4.5 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

1) Elementos Personales:

Como ya lo habíamos mencionado en el capítulo anterior, encontramos varias maneras para referirnos a las partes de una franquicia, pudiendo ser franquiciador y franquiciado franquiciante y franquiciatario concedente y concesionario,

licenciante y licenciataria, en el entendido que la franquicia es una licencia de uso de marca.

- a) Franquiciante. "Es aquel que posee una determinada marca y tecnología, de un bien o servicio, cediendo contractualmente los derechos, transferencia o uso de estas, proveyendo la asistencia técnica, de organización gerencial y administrativa al negocio de los franquiciatarios."

- b) Franquiciatario. "Es aquel que adquiere contractualmente el derecho de comercializar un bien o servicio, utilizando los servicios que da una marca y el apoyo que recibe en la capacitación para organizar y manejar el negocio."

Las partes en una franquicia son generalmente comerciantes, o se convierten en comerciantes, en el momento de celebrar el contrato de franquicia, pues el objeto del contrato de franquicia es la licencia de uso de una marca y la transferencia de tecnología para explotar una empresa de productos/servicios o la creación de distribuidores para la reventa de los productos al respecto el artículo 75 del Código De Comercio establece cuales son los actos de comercio, dentro de su clasificación encuadran las franquicias, como ya se vio al analizar el carácter mercantil de las franquicias.

2) Elementos reales:

- a) La marca.- En el contrato de franquicia se deben incluir las marcas de los productos y servicios que otorgue el franquiciante (Licenciante) al franquiciatario con ciertas especificaciones, como los signos distintivos que

constituye la marca, los productos y servicios que ampara, así como el número de registro de marca.

b) La tecnología.- La transferencia de tecnología tiene como finalidad que el franquiciatario “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 bienes o servicios a los que esta distingue.”

c) La contraprestación.- esta contraprestación puede hacerse en dinero o en especie, La contraprestación en dinero puede ser en moneda nacional o en moneda extranjera, si es en moneda extranjera se debe fijar en el contrato el tipo de cambio, igualmente se debe establecer el momento en que se va a pagar, así como la forma de pago, pudiendo ser giro bancario, transferencia directa. Etc. Si el pago va a realizarse en especie se debe fijar en el contrato el valor que tendrán los bienes.

El pago de la contraprestación puede ser:

- a) un solo pago, pudiendo ser en el momento que se celebre el contrato o en cualquier otro momento que así se establezca.
- b) En varios pagos, pudiendo poner como ejemplo la regalías “la base de las regalías deben ser claramente descritas, un criterio frecuente es el de las ventas netas, la cual automáticamente compensa la inflación.

c) La exclusividad.- El adquirente de la franquicia recibe un derecho a explotar la misma con exclusividad en una zona geográfica esta cláusula será también tema de estudio en nuestro siguiente capítulo.

3) Elementos formales:

El contrato de franquicia es un contrato atípico, es decir no esta regulado por nuestra legislación.

No obstante lo anterior, es necesario e indispensable la licencia de uso de una marca, y se debe de inscribir en el Instituto Mexicano De La Propiedad Industrial para que sea valido frente a terceros “el titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder mediante convenio, la licencia de uso a una o mas personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca, la licencia deberá ser inscrita en el instituto para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros.

4.6 OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Dentro del clausulado de franquicia se deben establecer las obligaciones que va asumir el franquiciante como el franquiciatario.

4.6.1 OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE

En los sistemas de franquicias, las relaciones entre el franquiciante y el franquiciatario se estructuran sobre las bases de contratos en partes autónomas. Sin embargo, para que los acuerdos se mantengan indemnes es necesario fijar claramente las obligaciones de las partes, así como los riesgos que asume cada una de ellas frente a los posibles reclamos de consumidores y del personal bajo dependencia.

Estas obligaciones pueden ser muy variadas, dependiendo de la clase de franquicia, si son franquicias de producción, franquicia de servicios o bien franquicia de distribución pero las principales obligaciones del franquiciante en un contrato de franquicia son:

- 1) Conceder la licencia de uso de una marca. Es esta una de las obligaciones esenciales de este contrato y le que va a distinguir un contrato de suministro, de distribución etc. De uno de franquicia además como se dijo en el capítulo anterior sin la marca y sin la licencia de uso de una marca, no podríamos hablar de un contrato de franquicia.

- 2) Autorizar el uso de un nombre comercial. El nombre comercial o el aviso comercial, no siempre será materia del contrato de franquicia, aunque ciertos productos o servicios pueden ser de la mayor importancia y estar ligados a las marcas autorizadas. Como ya se dijo anteriormente los nombres comerciales pueden ser objeto de una franquicia.

3) Proveer de tecnología.- El franquiciante debe de proporcionarle al franquiciatario todos los conocimientos técnicos necesarios para el beneficio de ambos ya que si el franquiciante no proporciona toda la información, se pondría en riesgo el prestigio de su empresa, prestigio que muy posiblemente es lo que provoco el interés del franquiciado para celebrar este contrato.

4) Proporcionar información. Esta información puede ser oral o escrita, la información debe de ser sobre los lugares que pueden ser convenientes para establecer el negocio, o bien un lugar concreto, que por estudios geográficos realizados por el franquiciante resulte ser el más adecuado, la información también puede versar sobre diseño, decoración, instalaciones, especificaciones.

5.-Enviar manuales, guías y procedimientos de operación. Debe de proporcionar la información completa y necesaria para la explotación del negocio al respecto Luís Cardelús comenta “esta documentación contenida en el manual operativo no es estática, sino que debe ser dinámica y constantemente actualizada y puesta al día por el franquiciante.⁵⁴”

6.-Dar asistencia técnica y asesorías. Esta obligación debe cumplirse durante toda la vigencia del contrato, dar instrucciones, directivas o consejos en la medida en que sean requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado,⁵⁵ Cardelús establece que “no solo es necesario transmitir al franquiciado unos conocimientos técnicos, sino que deben ir acompañados de soportes materiales como documentación,

⁵⁴ CARDELUS GASSIOT LUIS, el contrato de franchising, Ed. PPU Barcelona, España 1988, p. 64

⁵⁵ ÁLVAREZ JAIME, la regulación de las invenciones, marcas y de la transferencia de tecnología, Ed. Porrúa, México 1979, p. 323

videos y también de un manual operativo, permanente actualizado, completándose con cursos de formación personal, ya que el training o formación del personal es considerado por muchos franquiciados como el elemento mas importante de las obligaciones del franquiciante.

7.- Estándares de calidad. Debe determinar estándares de calidad, esto para proteger a ambas partes, el objeto del contrato, así como buscar la uniformidad del producto y servicio como lo establece el artículo 142 de la Ley De Propiedad Industrial, al respecto Cardelús comenta “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.

8.-Publicidad. La publicidad esta a cargo del franquiciante, de acuerdo al artículo 32 de la Ley Federal De Protección Al Consumidor la publicidad deberá ser veraz, comprobable y exenta de textos, sonidos, imágenes etc. que puedan inducir a error o confusión, por su inexactitud de no cumplir con lo establecido por la Ley, la responsabilidad estará a cargo del franquiciante, teniendo que cumplir con lo establecido en la Ley Federal De Protección Al Consumidor.

9.-Promoción la promoción también estará a cargo del franquiciante, en donde si el franquiciante no cumple con la oferta ofrecida, éste sería responsable ante el consumidor.

10.-Es obligación del franquiciante responder frente a los consumidores por los daños causados a estos, en donde el franquiciante es solidariamente responsable.

Existen otras obligaciones que son mas específicas y dependen directamente de la clase de franquicia, es decir si es una franquicia de distribución el franquiciante puede otorgar la maquinaria necesaria para la explotación del negocio.

Si la franquicia es de naturaleza comercial y el franquiciado necesita el producto por parte del franquiciante, éste tendrá que suministrar el producto periódicamente.

4.6.2 OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO

1.-El uso de la marca. Si bien es cierto el uso de la marca podría ser mas bien un derecho, pero se convierte en una obligación, ya que si no se usa la marca, puede originar su caducidad, el artículo 152 de la Ley De Propiedad Industrial establece: “El registro caducará en los siguientes casos. Primero cuando no se renueve en los términos de ley y segundo cuando la marca haya dejado de usarse durante los tres años consecutivos inmediatos anteriores a la solicitud de declaración administrativa de caducidad, salvo que exista causa justificada a juicio del Instituto asimismo el artículo 141 de la misma Ley dice “el uso de la marca por el usuario que tenga concedida la licencia inscrita en el Instituto, se considerará como realizada por el titular de la marca cabe mencionar que el uso de la marca debe hacerse como fue registrada tal como lo dicta el artículo 139 de la misma Ley al decir, los productos que se vendan o los servicios que se presten por el usuario deberán ser de la misma calidad que los fabricados o prestados por el titular de la marca, además esos productos o el establecimiento en donde se presten o

contraten los servicios deberán indicar el nombre de usuario y demás datos que prevenga el reglamento de esta Ley.

2.- Usar los nombres comerciales, al igual que al usar la marca se tienen derechos y obligaciones sobre ella, en el uso de nombres comerciales también, pues el derecho sobre el nombre comercial se pierde si no se usa en un establecimiento.

3.-Cumplir con el uso y aplicación de conocimientos técnicos, así como seguir todas las especificaciones acerca de la organización del negocio, nuevamente para mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos y servicios y la uniformidad como lo marca el artículo 142 de la Ley ya mencionada estos detalles deben de establecerse en cada contrato, es decir como se va aplicar, que se acepta aunque varié etc.

Dentro de las especificaciones de la organización del negocio pueden incluir:

-Programas de capacitación

-El mínimo de horas diarias de trabajo etc.

4.-Mantener el local en buenas condiciones, como por ejemplo, la limpieza, para el mismo fin, mantener la calidad y prestigio que establece el artículo 142 de la Ley De Propiedad Industrial.

5.-Vender a los precios que señale el franquiciante. El franquiciante debe buscar la uniformidad de los precios, ya que si un consumidor ve en diferentes establecimientos a diferentes precios, se podría perder la confiabilidad por este además de los problemas que surgirían en la publicidad y promoción de los productos y servicios, ya que si el franquiciante ofrece un producto a 20 pesos y en una franquicia se vendiera a 23 pesos se perdería la credibilidad del consumidor, la uniformidad de la franquicia (Elemento esencial), además que el franquiciante caería en responsabilidad de acuerdo a la Ley Federal De Protección Al Consumidor el problema surge al no estar reglamentado, establecido y bien limitado el contrato de franquicia, entonces en el momento que el franquiciante establece los precios esta incurriendo en prácticas monopólicas relativas, la fracción segunda del artículo 10 de la Ley Federal De Competencia Económica establece que se considerará práctica monopólica relativa, cuando en un contrato realizado entre agentes económicos no competidores entre sí se imponga el precio que un distribuidor o proveedor debe observar al distribuir bienes o prestar servicios así que si bien es cierto la imposición de precios la puede hacer buscando la uniformidad y calidad en los productos y servicios, pero por otro lado puede estar abusando de su poder imponiendo precios más altos, afectando al consumidor o bien precios demasiados bajos en donde podría estar afectando a otros proveedores al no permitirles entrar al mercado. Son varios factores los factores que concurren en este tipo de situaciones es por eso que se debe regular más a la franquicia por todos los problemas que surgen, claro que al regularla debe de ser específica y estar bien delimitada, buscando un equilibrio entre las ventajas y beneficios que traen las franquicias, así como los perjuicios que pueden ocasionar, en cuanto a la libre competencia y a la economía etc.

6.- Exclusividad en una zona geográfica. El adquiriente de la franquicia recibe un derecho a explotar la misma con exclusividad en una zona geográfica se obliga a no establecerse fuera de la misma y a no otorgar franquicias, así que la competencia se dará respecto de otros productos y marcas, pero no con el franquiciante, ni con otros franquiciatarios esta cláusula podría considerarse

como un medio para proteger tanto a la franquicia como a los franquiciatarios, imaginemos que un sujeto (Juan) se acerca con el franquiciante para comprarle una franquicia de hamburguesas "patito" la franquicia cuesta 2, 000, 000 de pesos, Juan, considerando que esas hamburguesas tienen un buen prestigio y que obtendrá grandes beneficios, compra la franquicia, a los dos meses a una calle del local de Juan, se establece un restaurante, con las mismas hamburguesas patito, lógicamente a Juan le bajaran las ventas, y no se sentirá satisfecho por la franquicia que adquirió, así mismo pedro no verá grandes resultados debido a la gran competencia que tiene con Juan, además del paso del tiempo, nadie va a considerar un buen negocio esa franquicia por la gran competencia que tiene.

El problema surge en que la Ley no regula esta situación, ya que por un lado se está protegiendo la franquicia (Regulada en el artículo 142 de la Ley De Propiedad Industrial) y por el otro posiblemente se esta incurriendo en una práctica monopólica de acuerdo al artículo 10 de la Ley Federal De Competencia Económica, en donde se incurre en práctica monopólica cuando por medio de un contrato se fija la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo, incluidas la división, distribución o asignación de clientes entre agentes económicos no competidores entre sí.

7.- Adquirir el franquiciante o de determinado proveedores designados por este, equipo, productos, servicios etc. "cláusula exclusiva de compra" nuevamente surge un problema por la falta de reglamentación del contrato de franquicia, en donde se limita hasta que punto se está protegiendo a ésta figura buscando su uniformidad, su calidad etc. Y cuando ya se está incurriendo en una práctica desleal, ya que por un lado el franquiciante incluye este tipo de cláusulas en su contrato buscando mantener uniformidad y calidad como lo establece el artículo 142 de la Ley De Propiedad Industrial y por otro lado se esta violentando el artículo 10 de la Ley Federal De Competencia Económica en donde en su fracción

cuarta se establece que será considerada práctica monopólica cuando por medio de un contrato se condicione a no usar, adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero al regular el contrato de franquicia se deben analizar varios factores algunos de estos son: que productos deben de ser proporcionados por el franquiciante o por persona designada por el, si son esos productos el objeto principal de la franquicia o bien si son ajenos a este y difícilmente se pone en juego la calidad y la uniformidad de la franquicia, si adquiriendo los mismos productos a otro proveedor puedo seguir manteniendo la uniformidad y la calidad o bien si se ponen en juego, de que forma se puede estar dañando al mercado nacional etc.

1.-Mantener el local en buenas condiciones, como por ejemplo, la limpieza, para el mismo fin, mantener la calidad y prestigio que establece el artículo 142 de la Ley De Propiedad Industrial.

2.-Pagar la contraprestación, pudiendo ser como ya lo vimos, pagos iniciales, pagos periódicos, de renta etc.

3.-Informar al franquiciante el desarrollo del negocio, esto para determinar las regalías periódicas, para verificar la uniformidad de los productos etc.

4.-Guardar el secreto.- Es decir la reserva o la confidencialidad que debe guardar el franquiciatario respecto de los conocimientos técnicos que le suministran, esto implica no usar ni comunicar la tecnología, conocimientos, know-how recibida por el franquiciante, como se explicó en el capítulo anterior, resaltando nuevamente que no todos los conocimientos que se transmitan y se le otorgue cláusula de confidencialidad es considerado secreto industrial, de acuerdo al tercer párrafo del artículo de la Ley De Propiedad Industrial.

5.-No traspasar o sublicenciar.- el contrato de franquicia es personal, así que el franquiciatario no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia, a menos que tenga permiso del franquiciante.

6.-Cooperar en la publicidad.- si bien es cierto en el momento que el franquiciante paga una publicidad, no solo se beneficia a el sino también al franquiciatario, así que es justo que el franquiciatario colabore, si así se estipula en el contrato.

7.- Pago a trabajadores, es a cargo del franquiciatario, pero no obstante, el franquiciante puede exigir la exhibición periódica de los comprobantes de pago respectivos para asegurarse que el franquiciatario este cumpliendo con su obligación y no afecte la imagen de la franquicia.

8.- Otra obligación, de no introducir modificaciones que en cualquier modo afecten el nombre, la marca, la imagen de la franquicia, pero es necesario ver hasta que punto se está protegiendo la uniformidad y el buen nombre y en que momento se esta limitando un beneficio. Al respecto Kleidemacher da un ejemplo, que por la claridad de este, considero importante mencionarlo; si la franquicia se trata de hotelería, no podría utilizar nunca, (Sin permiso del franquiciante), aun cuando el municipio lo habilite, un salón de casino, por cuanto ello cambiaría el concepto y la imagen del negocio, poniendo un segundo ejemplo al respecto, imaginemos que la franquicia es de un restaurante de paso internacional, y el franquiciatario observa que no hay tantas ventas ya que el plan negocial de la franquicia, no prevé la venta de café , tan tradicional de esta ciudad, si el franquiciatario pone una maquina de café no parece afectar ni la estructura, nombre, marca e imagen de la franquicia, pero al parecer generalmente el franquiciante no lo considera así, y dentro del contrato aparece este tipo de prohibiciones, esta situación es una más por la que considero de gran importancia se regule el contrato de franquicia, además dentro de estos mismo ejemplos, supongamos que para el restaurante el

costo del café a comprar es de 10 pesos y lo pondría a la venta de 18 pesos, y en frente de el hay otro restaurante que vende café a 35 pesos, en este momento, por dicha cláusula prohibitiva de no vender café esta perjudicando indirectamente al consumidor.

4.-Cesión del contrato de franquicia. La mayoría de los contratos establecen la prohibición de la cesión del contrato a los terceros, justificando esta posición por decir que el contrato de franquicia es como ya lo vimos *intuitu personae*, sin embargo respecto a esta cláusula hay una crítica en contra, en donde se considera que va en contra del derecho de propiedad, dando como alternativa que debería poder cederse previa notificación al franquiciante con derecho de preferencia quien podrá optar por comprar en similares condiciones que el oferente.

Es importante prever en el contrato de franquicia las posibles causas que se pueden dar para que se termine el contrato, así mismo sería beneficioso para las partes ser muy explícito respecto a esto, así como pactar entre ellos la responsabilidad civil en la que podrían incurrir, pudiendo establecer sanciones económicas para restablecer el daño ocasionado por alguna de las partes, al respecto el artículo 2117 del Código Civil Federal menciona “la responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos que la Ley disponga expresamente otra cosa.

Así mismo si en el contrato de franquicia intervienen sujetos con distinta nacionalidad, o residencia, se puede pactar que derecho va a ser aplicable, o si los problemas que puedan surgir se van a resolver por arbitraje, el arbitraje cumple un papel fundamental en la solución de conflictos internacionales, en donde las partes prefieren designar a un árbitro neutral, que sujetarse a los tribunales de alguna de las partes.

Existen diversos organismos de arbitraje internacional dentro de estos se encuentra el Centro De Arbitraje Y Mediación-Organización Mundial Propiedad Intelectual, el Reglamento De Arbitraje Acelerado De La OMPI. En estos Reglamentos cual fue creado en 1994 para promover la solución de controversias.

En materia de propiedad intelectual por medio de arbitraje y mediación en relación con controversias internacionales comerciales entre partes privadas (incluyendo controversias en relación a los contratos de franquicias) cada uno de los procedimientos de solución de controversias se realiza conforme a un Reglamento: El Reglamento De Mediación de la OMPI, El Reglamento De Arbitraje De La OMPI y en el que existen en varios idiomas, se han incorporado los últimos adelantos en materia de solución de controversias y pueden ser utilizados en cualquier sistema jurídico del mundo.

4.7 TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Las causas de terminación pueden establecerse en la realización del propio contrato, algunas de estas causas son:

1.-Incumplimiento. se pueden pactar las causas que se consideren graves y traigan como consecuencia la terminación del contrato.

2.-Preaviso. El preaviso puede ser por cualquiera de las partes, puede estar previsto en el contrato, con algún tipo de formalidad como un plazo mínimo para solicitar que se termine el contrato, así mismo se puede establecer en el contrato que solo se podrá dar preaviso después de un tiempo determinado, por ejemplo que se establezca que solo se puede dar preaviso cuando haya transcurrido 3

años de vigencia del contrato. Así mismo se puede pactar algún tipo de indemnización.

3.-Por quiebra. Otra forma de dar por terminado el contrato es por quiebra de alguna de las partes, a esta causal suele agregarse otras que afectan a la operación normal del franquiciatario, como puede ser la huelga cuando se prolonga por determinados días, el embargo de toda la negociación o de ciertos activos importante, con posibilidad de intervención en la administración por parte de la autoridad judicial, la expropiación, la suspensión de pagos.

4.-Llegada del término del contrato al realizarse el contrato se pacta un término de terminación, pudiendo al llegar a este termino, alargarlo con el consentimiento de ambas partes. En algunas ocasiones las partes determinan contractualmente algunos efectos posteriores como el no uso de la marca por el franquiciatario, la mercancía producida y no vendida, cláusula de confidencialidad etc.

5.-Por Muerte. Dentro del contrato se puede establecer que la franquicia continúe vigente con los herederos, o que termine después de un plazo razonable (Incluyendo de preferencia en esa cláusula, que se entiende por plazo razonable) así mismo se debe de estipular si el franquiciante va a recompensar o bien dar una indemnización. Se ha mencionado ya que el franquiciante puede recomprar o indemnizar, es decir si el franquiciatario muere, le corresponde al franquiciante quedarse con la franquicia otorgada ya que como se menciono anteriormente el contrato de franquicia es intuito personae es decir el contrato se celebra tomando en cuenta las características personales de las partes que lo celebran.

6.-Por nulidad, caducidad, cancelación del registro de una marca, al respecto el artículo 138 establece "la cancelación de la inscripción de una licencia procederá:
1.- cuando lo soliciten conjuntamente el titular de la marca y el usuario a quien se

le haya concedido la licencia 2.- por nulidad caducidad o cancelación del registro de marca, o cuando se trate de marcas en trámite y no se obtenga el registro de las mismas, 3 por orden judicial.

El artículo 151 de la misma Ley establece cuando el registro de un marca será nulo, algunos de estos supuestos son: cuando se haya otorgado el registro en contra de las disposiciones de esta ley la marca sea idéntica o semejante en grado de confusión a otra que hay sido usada con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de la marca registrada y se aplique a los mismos o similares productos o servicios; se hubiere otorgado el registro con base a datos falsos, se haya otorgado por error.

El artículo 152 de la misma Ley dice “el registro caducará en los siguientes casos 1.- cuando no se renueve en los términos de esta ley y 2 cuando la marca haya dejado de usarse durante los tres años consecutivos inmediatos anteriores a la solicitud de declaración administrativa de caducidad, salvo que exista causa justificada a juicio del Instituto.

Por ultimo el artículo 153 establece procederá la cancelación del registro de una marca, si su titular ha provocado o tolerado que se transforme en una denominación genérica que corresponda a uno o varios de los productos o servicios para los cuales se registro, de tal modo que, en los medios comerciales y en el uso generalizado por el publico, la marca haya perdido su carácter distintivo, como medio de distinguir el producto o servicio a que se le aplique.

4.8 OBLIGACIONES POST - CONTRACTUALES

Al terminar el contrato hay ciertas obligaciones por parte de los sujetos de la relación contractual, que aunque terminado el contrato pueden incurrir en responsabilidad por la falta de observancia de estas obligaciones.

En relación de esto, diversos doctrinistas advertían que concluido el contrato, las obligaciones post contractuales que nacían de tal rescisión o resolución perdían su condición contractual porque el contrato como tal no existía, y solo cabría la demanda por la reparación de daños y perjuicios.

Por su parte Kleidemacher dice que la determinación del régimen de responsabilidad aplicable, se define por la fuente de la que nacen obligaciones incumplidas, o importa entonces si el contrato a terminado o no, sino que obligaciones post contractuales fueron establecidas por las partes en el contrato, así que la naturaleza jurídica de este tipo de obligaciones es contractual, con esto deducimos que se podrá reclamar el cumplimiento de una conducta obligada y si no el simple resarcimiento de daños.

Algunos de los pactos que contienen los contratos de franquicia en relación a la terminación anticipada o por la llegada del plazo son:

-La obligación del franquiciatario de no usar la marca, así como de no usar el nombre comercial, avisos comerciales, etc. Respecto a esta cláusula se considera apropiada, en el sentido que si bien es cierto el franquiciante tiene el uso exclusivo de su marca, amparado este derecho el artículo 28 Constitucional, así como en la Ley de propiedad industrial, si el franquiciante le quiere conceder al

franquiciatario el uso de su marca con los elementos complementarios a los que hace referencia el artículo 142 de la Ley Federal De Propiedad Industrial, es totalmente lógico, que al terminar el contrato, se termine igualmente esa concesión de uso, uso que le corresponde al franquiciante y del cual ya no estaría recibiendo ningún incentivo por el uso de su marca por parte del franquiciatario.

-No realizar negocios que hubiera sido materia de la franquicia, ni negocios similares o semejantes que pudieran afectar al franquiciante, esta cláusula es totalmente criticable, si bien es cierto esta cláusula va en contra de un Derecho Constitucional, ya que el artículo 5 de la Constitución establece “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo sino por resolución judicial, así mismo el párrafo 6 del mismo artículo establece “tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio, además con esta cláusula se esta afectando el proceso de competencia y obstruyendo la libre concurrencia, yendo en contra del artículo 2 de la Ley Federal De Competencia Económica.

-Devolución del equipo, inventario de mercancías y alguna información sobre el know-how, esta cláusula es en cierta forma consecuencia de la anterior, ya que si no puede realizar negocios que hubieren sido materia de la franquicia, ni negocios similares, es lógico que el franquiciante quiera evitarlo, siendo esta una de las mejores formas para hacerlo, pero nuevamente confirmamos lo dañino que resulta la falta de regulación en los contratos de franquicia, si el equipo, inventario, etc., fuese propiedad del franquiciante, o tuvieran características especiales, únicas y totalmente identificables con la marca podría ser aceptable en el sentido de que si la relación contractual ha terminado el elemento que vinculaba a las partes también.

De las dos últimas cláusulas mencionadas, podemos afirmar una vez más la contrariedad que se presenta con la Ley Federal De Competencia Económica, además de por contravenir el artículo 2 de dicha ley, cae en los supuestos de prácticas monopólicas, así en su artículo 10, fracción primera establece se consideran prácticas monopólicas relativas, “la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable.

-Cláusula de confidencialidad que el franquiciatario debe guardar inclusive con posterioridad al vencimiento de la franquicia, de esta cláusula se desprenden las siguientes cuestiones ¿Qué se está protegiendo, la asistencia técnica y conocimientos técnicos, o un secreto industrial? ¿Si fuese secreto industrial qué tan bien está protegido? es decir si se busca confidencialidad de asistencia técnica o conocimientos técnicos, suena un poco ilógico y abusivo, ya que esos conocimientos pueden ser adquiridos fácilmente y de cualquier lado, además de haber estado incluido de cierta forma en los pagos realizados por el franquiciatario durante la franquicia, pero si fuese secreto industrial, y se hubiesen tomado las medidas necesarias de acuerdo al artículo 83 de la Ley De Propiedad industrial sería una cláusula totalmente válida por establecerlo así al ley de propiedad industrial.

-Obligación de no competencia o no concurrencia. La razón por la cual el franquiciante establece esa cláusula es con el fin de evitar que el franquiciatario ofreciendo los mismos productos o servicios se quede con los clientes de una determinada zona, esta cláusula va totalmente en contra de nuestra legislación, estando ligada igualmente a las cláusulas mencionadas anteriormente, ya que se está limitando realizar ciertos negocios, ofrecer/vender bienes y servicios. En esta cláusula también aplica el artículo 5 de la Constitución ya analizado, así como el artículo 2 de la Ley Federal De Competencia Económica.

De lo anterior podemos observar que existen ciertos supuestos en donde pueden ser consideradas prácticas monopólicas dentro del contrato de franquicia los cuales son:

1.-La exclusividad en donde el adquirente de la franquicia recibe derecho a explotar a la misma con exclusividad en una zona geográfica y se obliga a no establecerse fuera de la misma.

2.-El adquirente de la franquicia se compromete a adquirir en exclusiva del franquiciador mercancías, insumos, maquinaria etc.

3.-La exclusividad de que el franquiciatario solo venda o preste las mercancías o servicios franquiciados.

4.-El franquiciante fija los precios de venta de los productos o de prestación de los servicios.

5.-Los conocimientos técnicos y la asistencia técnica se prestan con cláusula de confidencialidad que el franquiciatario debe guardar inclusive después del vencimiento del contrato de franquicia.

6.-No realizar una vez terminado el contrato negocios que hubieren sido materia de la franquicia, ni negocios similares.

7.-Obligación de no competir con el franquiciante después de concluido el contrato.

Visto ya cuales son los supuestos que pueden ser considerados prácticas monopólicas en una franquicia se proseguirá a analizar cuales son los efectos de las prácticas monopólicas bajo la figura de las franquicias.

4.9 EFECTOS

Los efectos pueden ser positivos y negativos, serán positivos en la medida que beneficien a los sujetos de la franquicia, y negativos en la medida que afecten a los distintos agentes económicos, y al sujeto pasivo de la relación contractual.

En el momento en que se cae en una práctica monopólica bajo una franquicia lógicamente se esta beneficiando el franquiciante, es decir si no trajera un beneficio para el franquiciante no se cometería la práctica anticompetitiva por otro lado el franquiciatario puede tener tanto efectos positivos como negativos, es decir si el franquiciante le impusiera al franquiciatario en el contrato no comprarle a nadie más los productos, insumos, maquinaria etc. Y dichos precios están por debajo del precio normal en el mercado, se estaría produciendo un beneficio directo al franquiciatario, pero por otro lado si el franquiciatario pudiera conseguir dichos productos más baratos se estaría produciendo un efecto negativo para éste.

En otro supuesto, si el franquiciante estableciera en el contrato que el franquiciatario no puede ofrecer otros productos y/o servicios que no sean los franquiciados, posiblemente el franquiciatario perdería clientes, o se reducirían

sus ventas, así mismo con los demás supuestos el franquiciatario bien puede recibir un beneficio, aunque por lo general y por la naturaleza de dichas cláusulas los efectos para el franquiciatario son negativos, en donde en lugar de que la franquicia sea un negocio prometedor, puede resultar sumamente perjudicial y afectar gravemente la economía de dicho sujeto.

En cuanto al efecto que las prácticas monopólicas en una franquicia pueden tener en el proceso competitivo suele ser negativo y excepcionalmente positivo, es decir si en un contrato de franquicia se establecen los supuestos arriba mencionados y en el entendido que el franquiciante tiene poder sustancial en el mercado probablemente no le permita entrar al mercado a otros agentes económicos, así que si en un contrato se estipula que el franquiciatario solo puede adquirir los productos del franquiciante o de persona designada por este, otros proveedores no van a poder venderle a el/los franquiciatario/s además si el franquiciante adquiere dichos productos por mayoreo muy probablemente adquiera los productos mas baratos, lo que le ocasionaría a los demás proveedores reducir sus precios para seguir siendo competitivos, situación que probablemente les impida obtener buenas ganancias o peor aun cerrar su negocio así que si el franquiciante logra desplazar a sus competidores va a llegar el momento en que el franquiciante no tenga competencia y pueda en cualquier momento elevar los precios de sus productos y/o servicios situación que lógica y consecuentemente va afectar de manera directa al consumidor afectando así todo el proceso competitivo.

En cuanto al beneficio excepcional arriba mencionado es en el supuesto que el franquiciante al adquirir los insumos/productores a menores costos reduzca sus precios, y aunque logre desplazar a los competidores no abuse de su poder, no eleve los precios, y no baje la calidad de su productos y/o servicios, en este momento se estaría beneficiando al consumidor, situación poco probable, ya que

muy difícilmente el franquiciante teniendo dicha ventaja, siga ofreciendo sus productos a precios bajos y con buena calidad.

Es decir los contratos de franquicia que tengan supuestos que puedan ser prácticas anticompetitivas y teniendo el franquiciante poder sustancial en el mercado relevante puede dañar significativamente el mercado competitivo y la eficiencia económica, si se cayera en práctica monopólica. La Comisión Federal Económica podría intervenir para solucionar el problema, es decir si algún agente económico, en nuestro caso el franquiciatario, proveedor, consumidor, se sintiera afectado y denunciara dicha práctica a la Comisión o bien por iniciativa de este, la Comisión podría abrir una investigación, en donde primero tendría que ver si dicho contrato puede caer en práctica monopólica y segundo tendría que analizar si el franquiciante tiene poder sustancial sobre el mercado relevante, de ser así la Comisión podría imponer alguna sanción, la cual podría ser desde suspender o suprimir el contrato de franquicia, y/o imponer una multa por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal si cae en practica monopólica y hasta por el equivalente a 100 mil veces del salario mínimo general en el momento de dañar la competencia.

De todo lo anteriormente visto en este capítulo podemos concluir diciendo que si bien es cierto los contratos de franquicia pueden traer consigo ventajas los franquiciantes, franquiciatarios, consumidores etc., pero por su falta de regulación en muchas ocasiones se cae en abusos, que en lugar de beneficiar perjudica a los diferentes agentes económicos dañando así a la competencia y consecuentemente a la economía del país, así mismo la franquicia es una manera de promover la comercialización de la propiedad industrial, que si bien es un derecho exclusivo, puede resultar benéfico para el país dicha comercialización, pero si bien es cierto para promoverlo tiene que estar protegido la propiedad industrial, en este caso de franquicias principalmente la marca, buscando calidad y uniformidad para mantener el buen nombre.

Consecuentemente es necesario una regulación en donde se delimite y concrete de qué forma se va a proteger la uniformidad y la calidad de la franquicia y en que momento se estará incurriendo en prácticas monopólicas, hacer un estudio exhaustivo tomando en cuenta los factores mencionados en este capítulo, es decir, como puede afectar la falta de protección de la franquicia y de que manera se puede proteger sin afectar el mercado, debe de ser muy cuidadosa al proteger la competencia y por lo tanto deberá de ser muy precisa y limitar cuando se puede autorizar para concretar precios (o imponerlos) también deberá delimitar los espacios geográficos de la competencia, así como lo ha hecho la Comunidad Económica Europea, la cual ha tenido un gran desarrollo, el antiguo texto del artículo 85 del Tratado De Roma, establecía que estaban prohibidas todas la prácticas concertadas que impidieran o restringieran la competencia, consideraban nulos de pleno derecho los contratos que contengan disposiciones tales como a) fijar indirecta o directamente precios b) limitar y controlar la producción y distribución c) aplicar medidas exclusivas etc. Estas limitaciones obligo a que muchos contratos fueran a la Comisión, quien determino que cláusulas que estando en contra de estas restricciones del artículo 85 fueran justificadas y necesarias para el mantenimiento de algunas figuras como la franquicia.

CONCLUSIONES

La franquicia es una figura jurídica regulada en la Ley De Propiedad Industrial, en donde de acuerdo a esta Ley, destacan ciertas características fundamentales, que debe de tener toda franquicia para que sea considerada como tal, de acuerdo al artículo 142 de esta Ley las características esenciales para que estemos en presencia de una franquicia son la marca, la licencia de marca, la trasmisión de conocimientos técnicos, la asistencia técnica, la uniformidad y la calidad de los productos o servicios.

Las marcas constituyen uno de los activos mas valiosos de cualquier empresa, sobre todo en una franquicia, por lo que es sumamente importante mantener la uniformidad y la calidad en los productos dándole una protección adecuada, pero dicha protección provoca muchas veces abusos a los franquiciatarios, ya que dentro del clausulado del contrato de franquicia en busca de tal uniformidad se crean clausulados excesivos que van mas allá del objeto del contrato y dañan sustancialmente al franquiciatario.

Es importante que al otorgar una franquicia se haga uso, además de la marca, de otro tipo de figuras de protección industrial como la Patente y el Secreto Industrial, ya que si por cualquier circunstancia el contrato de franquicia se rescindiera, seguiría protegida la innovación tecnológica y cualquier información de aplicación industrial o comercial de carácter confidencial que se le hayan proporcionado al franquiciatario.

La Ley De Propiedad Industrial establece en que momento estamos en presencia de una franquicia pero deja muchos vacíos y una aplicación sumamente amplia la cual trae consigo consecuencias jurídicas, es decir la Ley establece que debe de haber calidad y uniformidad en los productos y/o servicios, para proteger la marca y el valor que por dicha marca tiene el negocio, pero no establece como se protegen dichos elementos, así que el franquiciante establece ciertas cláusulas para obtener tal protección, pero que a la vez son consideradas prácticas monopólicas.

Las franquicias es un tipo de negocio que trae para los sujetos que intervienen en la franquicia (franquiciante y franquiciatario) un sinnúmero de ventajas y beneficios que les hace crecer y ver resultados con rapidez, en donde por un lado el franquiciante puede hacer crecer su negocio con dinero de otro, con ingresos constantes y conservando la vigilancia del negocio y por otra parte el franquiciatario realiza una inversión en un negocio probado, sin riesgos, con una marca con prestigio y con la asistencia del franquiciante.

Las franquicias no solo traen consigo ventajas, sino que también muchas desventajas, que son probablemente ocasionadas por la falta de regulación de esta figura, ya que los contratos de franquicia quedan a cargo de las partes, en donde las partes establecen cláusulas a su conveniencia, resultando desventajosas, abusivas y perjudiciales para los agentes económicos que intervienen directa o indirectamente en una franquicia.

La información precontractual es fundamental para evitar que se cometan errores al celebrar el contrato de franquicia, información que el artículo 65 del Reglamento De La Ley prevé pero que no es suficiente, ya que la información que debe de proporcionar el franquiciante al franquiciatario establecida por éste artículo, no es suficiente para que el franquiciatario conozca todos los riesgos, las ventajas y desventajas que le pueden traer el celebrar dicho contrato.

A pesar del vacío que existe en la Ley en cuanto a la información que el franquiciante debe de proporcionar antes de celebrar un contrato, existen asociaciones que tiene como fin promover información, para que las partes en un contrato de franquicia conozcan sus derechos, siendo la Asociación Mexicana De Franquicias un ejemplo la cual fue creada para difundir este tipo de información, promover el negocio de las franquicias, dar asesoría.

A nivel internacional también se ha considerado que la falta de información entre las partes antes de celebrarse un contrato es la principal causa a los abusos que posteriormente se dan en este tipo de negocios, al respecto la UNIDROIT preparo una Ley Modelo Sobre Divulgación De Información En

Materia De Franquicia en la cual se limito a regular la parte precontractual, por ser uno de los principales problemas en las franquicias.

El contrato de franquicia se puede confundir con otro tipo de contratos, como el de suministro, el de agencia, el de distribución etc. Pero tiene ciertas características que hacen del contrato de franquicia un contrato diferente y único, la proporción de conocimientos, la asistencia técnica constante por parte del franquiciante, así como el mantenimiento de la calidad y del prestigio de la marca por parte del franquiciatario son algunas de esas características.

El contrato de franquicia cuenta con una clasificación, la cual esta basada en lo que establece la teoría general de los contratos y va en función de las características particulares que estos presentan, por lo tanto podemos decir que el contrato de franquicia es mercantil, bilateral, oneroso, principal, de tracto sucesivo, personal, de adhesión, atípico, formal y de colaboración.

La adhesión es una de las características que causa mas problemas en las franquicias provocándose además grandes abusos de parte del franquiciante al franquiciatario, ya que el contenido queda prácticamente a cargo del franquiciante, contenido que se establece totalmente a su favor, resultando inequitativo y produciendo efectos negativos al franquiciatario.

La atipicidad del contrato de franquicia es la causal principal en establecerse cláusulas contrarias a la Ley Federal De Competencia Económica, incurriendo así en prácticas monopólicas, ya que al no estar regulado el contrato de franquicias, el contenido del contrato queda a cargo de las partes, estableciendo cláusulas ventajosas que dañan a la competencia económica y consideradas por la ley prácticas anticompetitivas.

La Ley Federal De Competencia Económica es un ordenamiento legal que tiene como fin proteger el proceso de competencia, así como promover la eficiencia económica, ya que no siempre los empresarios tratan de enfrentar a los demás a través de mecanismos competitivos (calidad y precios en productos y servicios) sino incurriendo en prácticas monopólicas.

La Ley Federal De Competencia Económica, prohíbe ciertas prácticas que pueden resultar anticompetitivas, clasificándolas en absolutas y relativas, en donde por las características de la franquicia esta solo puede caer en prácticas relativas, ya que el clausulado se hace entre agentes no competidores entre sí, y no siempre trae resultados anticompetitivos.

En el contrato de franquicia frecuentemente encontramos cláusulas como vender a los precios que señale el franquiciante, adquirir del franquiciante o de determinados proveedores designados por este, productos y/o servicios etc.

Consideradas como prácticas monopólicas relativas, ya que el artículo 10 de la Ley Federal De Competencia Económica considera prácticas monopólicas los contratos entre agentes no competidores entre sí que fijen precios, condicionen ventas o transacciones, impongan la distribución exclusiva de bienes y/o servicios etc.

Se pueden establecer cláusulas en un contrato de franquicia contrarias al artículo 10 de la Ley Federal De Competencia Económica y no considerase como prácticas monopólicas relativas, ya que el artículo 11 de la misma Ley establece que dichas prácticas se consideran monopólicas si se comprueba que el presunto responsable tiene poder sustancial en el mercado relevante.

Existe un órgano encargado de prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, dicho órgano es La Comisión Federal De Competencia Económica, de acuerdo al artículo 31 de la Ley Federal De Competencia Económica La Comisión puede investigar todas las actividades que puedan afectar a la competencia y a la libre concurrencia.

Los contratos de franquicia que tengan clausulados considerados por la Ley Federal De Competencia Económica como anticompetitivos, y que el franquiciante tenga poder sustancial en el mercado relevante, pueden ser suspendidos y/o corregidos, ya que el artículo 35 de la Ley Federal De Competencia Económica faculta a la comisión para imponer este tipo de

sanciones cuando se demuestre que un agente económico, en este caso el franquiciante, incurra en prácticas monopólicas.

Si se demuestra que el franquiciatario o cualquier otro agente económico sufrió algún daño por haber celebrado un contrato de franquicia considerado anticompetitivo puede obtener una indemnización por daños y perjuicios, ya que el artículo 38 de Ley Federal De Competencia Económica establece que si se demuestra que un agente económico sufrió un daño, podrá obtener una indemnización por daños y perjuicios.

Existe muy poca regulación de la figura de la franquicia no obstante, una relación de franquicia, se encuentra vinculada estrechamente a disposiciones legales que regulan de forma directa o supletoria, diversos aspectos, estas disposiciones pueden ser la Constitución De Los Estados Unidos Mexicanos, la Ley De Propiedad Industrial Y Su Reglamento, el Código De Comercio, el Código Civil, la Ley Federal De Competencia Económica, la Ley Federal De Protección Al Consumidor entre otras.

Es necesario e indispensable que se regule la figura de la franquicia, ya que el vacío que existe trae como consecuencia que en muchas ocasiones se incurra en prácticas monopólicas, pero no debe ser una regulación excesiva, ya que si se regula a las franquicias sin proteger las características esenciales de esta es decir la marca, la uniformidad y la calidad de los productos, este tipo de negocio desaparecería paulatinamente por los pocos beneficios y los altos riesgos para el franquiciante.

De las conclusiones anteriores se recomienda lo siguiente:

- 1.- Se amplió el artículo 65 de la Ley De Propiedad Industrial para que la información que el franquiciante le de al franquiciatario sea suficiente, evitando errores que por falta de dicha información se cometen causando desventajas directas al franquiciatario. La AMF, así como la ley que diseñó la UNIDROIT, respecto a la información precontractual pueden servir de modelo.

2.-Se amplíe y se regule a profundidad la figura jurídica de las franquicias estableciendo, que se entiende por cada uno de los elementos de las franquicia, de que manera se protegen a dichos elementos, especialmente la uniformidad y la calidad que respaldan a la marca, cuales son las obligaciones precontractuales y post contractuales que tiene las partes, cuando empiezan y cuando terminan dichas obligaciones, que cláusulas se deben de establecer en un contrato para que se eviten problemas, como por ejemplo, las causas de terminación del contrato, la responsabilidad que cada parte tiene frente a los consumidores, los trabajadores, los proveedores etc. Así como las medidas que deben de tomar las partes para proteger la franquicia.

3.-En relación a las cláusulas que son consideradas prácticas monopólicas, pero que a la vez resultan necesarias para obtener la protección adecuada de este negocio, la exclusividad de una zona geográfica, la exclusividad en adquirir ciertos productos o maquinaria del franquiciante o de persona designada por el, la obligación del franquiciante de vender a un precio determinado etc. Se deben de permitir, pero esta reglamentación debe de ser muy precisa y limitar cuidadosamente cuando se puede autorizar a establecer precios, a delimitar los espacios geográficos de la competencia, en que momento es necesario que el franquiciante le proporcione al franquiciatario insumos para proteger la uniformidad y en que momento no es necesario por no ponerse en juego el prestigio de la franquicia y tener como fin el beneficio directo del franquiciante, afectando al franquiciatario, a otros proveedores que no pueden entrar al mercado y a los consumidores.

4.- Es importante que al regular a la franquicia, se contemple por un lado los problemas que este tipo de negocio puede ocasionar al mercado, a la libre competencia, a los agentes económicos que beneficia o afecta directa o indirectamente a la franquicia y por otro lado las ventajas que este tipo de negocios pueden traer a la economía, los beneficios que pueden tener diversos agentes económicos, el desarrollo que puede haber en la tecnología y la apertura comercial.

5.- Al regular a la franquicia se debe de establecer las Leyes que rigen a esta figura, que normas son supletorias y de que manera intervienen, se relacionan y se complementan las Autoridades Administrativas, es decir en que momento interviene la Comisión De Competencia Económica y/o el Instituto Mexicano De La Propiedad Industrial, ya que a pesar de que ambas tienen fines y funciones diferentes están íntimamente ligadas por las consecuencias que una franquicia puede tener.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR ÁLVAREZ Javier, Estudios en torno a la ley de competencia económica, UNAM México 1994, pp. 254.

ARCE GARGOLLO Javier, El contrato de franquicia, 4ª edición, Ed. Themis, México 1997, pp. 100.

ARCE GARGOLLO Javier, Contratos mercantiles atípicos, 10ª edición, Ed. Porrúa, México 2004, pp. 459.

DÍAZ BRAVO Arturo, contratos mercantiles 4ª edición, Ed. Harla México 1994, pp. 539.

DIEZ PICAZO Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial tomo I, 2ª edición, Ed. Tecnos Madrid 1983, pp. 415.

FARINA Juan, Transferencia de tecnología y derechos intelectuales, Ed. Astrea Buenos Aires, Argentina 1991, pp. 312.

FLECHOSO SIERRA Joaquín, El libro de la franquicia, Ed. Biblioteca nueva, Madrid 1997, pp. 261.

GARCÍA RODRÍGUEZ Sergio, Estudios en torno a la ley de competencia económica, UNAM México 1994, pp. 201.

GONZALES CALVILLO Enrique y Rodrigo, Franquicias: la revolución de los 90, Ed. Mc graw hill, México 1994, pp. 144.

GOMEZ SEGADA José Antonio, El secreto industrial, Ed. Tecnos, Madrid España 1974, pp. 411.

VEYTIA PALOMINO María Hernany, La franquicia, Ed. Porrúa, México 2003, pp. 59.

JALIFE DAHER Mauricio, Propiedad intelectual, Ed. Sista, México 1992, pp. 715.

KLEIDERMACHER Jaime, Franchising Aspectos económicos y jurídicos, 2ª edición, Ed. Abelardo-Perrot, Buenos aires, pp.350.

LEVY Santiago, Estudios en torno a la ley de competencia económica, UNAM México, 1994, pp. 236.

MALDONADO CALDERON Sonia, Contrato de franquicia, Ed. Jurídica de Chile, Chile 1994, pp. 592.

PEREZ MIRANDA Rafael, Propiedad industrial y competencia en México, 2º edición, Ed. Porrúa, México 1999, pp. 369.

QUIROZ PEDRAZZI Alejandro, Las franquicias, Revista Época, año 2, numero 19 México 1992, pp. 247.

RAAB STEVEN Mtusky Gregory, Franquicias, Ed. Limusa, México 2002, pp. 190.

RANGEL COUTO Hugo, El derecho económico, 4º edición, Ed. Porrúa, México 1986, pp. 284.

RANGEL MEDINA David, Tratado de derecho marcario, Ed. Libros de México, pp. 230.

SANCHEZ MEDAL Ramón, De los contratos civiles, 9ª edición, numero 18, Ed. Porrúa, México 1998, pp. 647.

SEPULVEDA Cesar, El sistema mexicano de propiedad industrial, 2ª edición, Ed. Porrúa, México 1981, pp. 166.

SERRA ROJAS Andrés, Derecho administrativo, 8ª ed. Ed. Porrúa, México 1973, pp. 901.

TAMAMES Ramón, La lucha contra los monopolios, Ed. Tecnos, Madrid 1970, pp. 120.

VILLAREAL GONDA Roberto, La propiedad industrial en México, 2º edición, Ed. Porrúa, México 1995, pp. 523.

LEGISLACIONES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Comercio.

Código Civil Federal.

Ley de la Propiedad Industrial y su Reglamento

Ley Federal de competencia Económica

OTRAS FUENTES.

www.impi.gob.mx

www.franquiciasdemexico.org

www.unidroit.org

www.elcontratodefranquicia.com