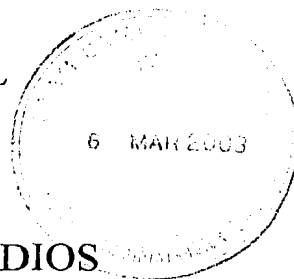




A

20721
22

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN"

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FRANQUICIA EN
MÉXICO Y LA PROPUESTA DE QUE SEA INCLUIDA
EN LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JUAN FRANCISCO ARZATE QUINTANAR

ASESOR: LIC. JOSÉ JORGE SERVÍN BECERRA



MARZO DEL 2003



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

B

A MI PADRE:

SR. JUAN FRANCISCO ARZATE REYES

**QUE CON SU FUERZA, AMOR, CARÁCTER Y APOYO
ME HA LLEVADO A CUMPLIR MI PROPÓSITO POR EL
MEJOR CAMINO.
DE CORAZÓN GRACIAS.**

A MI MADRE:

**SRA. EVA QUINTANAR VILLEGAS
QUE CON SU AMOR, CONSEJOS E IMPULSO
DIARIO ME HA LLEVADO A REALIZAR MI
SUEÑO.
DE CORAZÓN GRACIAS.**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A MIS HERMANOS:

**ALDO IVAN,
ALAN RAMSES E
ISRAEL.**

**QUE CON SU CARIÑO Y COMPRENSIÓN
ME AYUDARON A SEGUIR ADELANTE.**

©

A MIS ABUELOS PATERNOS:

**JUAN ARZATE DÍAZ +
POR SU AMOR Y PROTECCIÓN EN
DONDE QUIERA QUE SE ENCUENTRE.
MI ETERNA GRATITUD.**

**MARIA REYES MÁRQUEZ
Y
TÍA RAFAELA REYES MÁRQUEZ
GRACIAS POR SU CARIÑO.**

A MIS ABUELOS MATERNOS :

**JESÚS QUINTANAR CRUZ
Y
CONCEPCIÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ +
POR SU CARIÑO
GRACIAS.**

**A TODOS MIS FAMILIARES
GRACIAS.**

D

**A MI ASESOR
LIC. JOSÉ JORGE SERVÍN BECERRA:**

**POR SU APOYO INCONDICIONAL Y POR
SER UN VERDADERO Y DIGNO MAESTRO
DE NUESTRA UNIVERSIDAD.
MI ETERNO AGRADECIMIENTO.**

A MIS MAESTROS:

**POR SUS ENSEÑANZAS Y SUS VALORES
QUE NOS CONDUCEN PARA SEGUIR
ADELANTE POR UN CAMINO RECTO Y
POSITIVO.
PARA ELLOS MI MAS PROFUNDA
ESTIMACIÓN Y AFECTO.**

A MIS AMIGOS:

**CON QUIENES HE TENIDO
MOMENTOS DE ALEGRIA Y DE
TRISTEZA.
A ELLOS MI MAS SINCERO
APRECIO.**

E

A DIOS:

**TE EXALTARÉ, MI DIOS, MI REY,
Y BENDECIRÉ TU NOMBRE
ETERNAMENTE Y PARA SIEMPRE.**

**CADA DÍA TE BENDECIRÉ,
Y ALABARÉ TU NOMBRE
ETERNAMENTE Y PARA SIEMPRE.**

**GRANDE ES JEHOVÁ, Y DIGNO DE
SUPREMA ALABANZA;
Y SU GRANDEZA ES INESCRUTABLE.**

Salmo 145 1-3

**TE AGRADECERÉ POR SIEMPRE, SEÑOR,
TU OBRA EN MI VIDA.**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

F

**A MI GLORIOSA UNAM
ENEP ACATLAN
POR QUE ME ABRIÓ SUS PUERTAS
PARA SIEMPRE, A CAMBIO DE NADA.**

“GRACIAS POR SIEMPRE ESCUELA MIA”.

G

Objetivo: Analizar la Franquicia, ya que como figura mercantil esta nominada mas no regulada y proponer que sea incluida como contrato en la Ley de la Propiedad Industrial.

Justificación: La franquicia es una figura nominada y regulada en cuanto a las relaciones de las partes con la administración pública, no obstante, que no esta normado en cuanto a las relaciones entre las partes por lo que, se propone su inclusión como contrato en la Ley de la Propiedad Industrial.

#

CAPITULO I

ORIGEN Y ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGALES DE LA FRANQUICIA

1.1. Antecedentes históricos.....	1
1.2. Explicación, aplicación y funcionamiento de la franquicia.....	14
1.3. Ley de Invenciones y Marcas.....	17
1.4. Ley de Transferencia de Tecnología.....	18
1.5. Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología de 1982.....	25
1.6. Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología de 1990.....	31

CAPITULO II

FUNDAMENTO LEGAL DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO

Y FIGURAS AFINES.

2.1. Ley de Inversión Extranjera.....	35
2.2. Ley de la Propiedad Industrial.....	37

2.3. Figuras afines.....42

2.3.1. Contrato de concesión administrativa.....44

2.3.2. Contrato de concesión mercantil o de distribución.....44

2.3.3. Licencia de marcas o nombres comerciales.....45

CAPITULO III

ANALISIS CONTRACTUAL DE LA FRANQUICIA

3.1. Naturaleza Jurídica de la Franquicia.....48

3.1.1. Definición de Contrato.....51

3.1.2. Clasificación del Contrato.....56

3.1.3. Elementos de Existencia y de Validez.....63

3.1.3.1. Elementos de Existencia.....64

3.1.3.1. 1. Consentimiento.....64

3.1.3.1. 2. Objeto.....74

3.1.3.2. Elementos de Validez.....78

3.1.3.2. 1. Capacidad de las partes.....78

3.1.3.2.2 . Ausencia de Vicios en el Consentimiento.....81

2

3.1.3. 2.3. Licitud en el Objeto, Motivo o Fin.....	91
3.1.3.2. 4. Forma.....	93
3.2. Elementos Personales.....	95
3.3. Elementos Reales.....	96
3.4. Elementos Formales.....	105

CAPITULO IV

POSIBILIDAD CONTRACTUAL.

4.1. Obligaciones de las Partes.....	107
4.1.1. Obligaciones del franquiciante.....	107
4.1.2. Obligaciones del franquiciatario.....	118
4.2. Extinción del Contrato de Franquicia.....	125
4.3. Tipos de Franquicia.....	130
4.3.1. Franquicia de producto y de marca y su aplicación.....	130
4.3.2. Franquicia de negocio y su aplicación.....	132
4.4. Subfranquicia.....	133

h

4.5. Necesidad de regular el Contrato de Franquicia en la Ley de la Propiedad Industrial.....136

.CONCLUSIONES.....143

BIBLIOGRAFÍA.....145

CAPITULO I

ORIGEN Y ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGALES DE LA
FRANQUICIA

1.1. Antecedentes Históricos.

Para poder empezar a mencionar sus antecedentes históricos es necesario mencionar de manera general una definición: La franquicia es una forma o método para distribuir bienes y servicios a todo consumidor por medio de la aplicación de un sistema que incluye un nombre comercial o marca, y una compleja gama de conocimientos de índole administrativa, operativa y mercado lógica.¹

La realidad es que la franquicia no surge como el resultado del ingenio de una invención sino como la solución a la necesidad lisa y llana de resolver el problema que representaba la eficiente distribución de un producto o servicio.

Su primer antecedente se da con la empresa "Singer Machine Company" empresa fabricante de máquinas de

¹ Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo, Franquicias la Revolución de los 90s, México. 1ª. Ed. ed. McGraw-Hill la México 1991 P.32.

coser, la cual en 1850, se enfrentó a ciertos problemas de distribución de sus productos.²

En 1851 uno de sus representantes en ventas, ubicado en Dayton Ohio, que trabajaba bajo comisión, vendió dos máquinas, que era la cuota que le correspondía vender, y realizó una numerosa lista de posibles compradores de más máquinas, éste pidió más para poderlas promover y venderlas entre los posibles compradores, pero debido a que la empresa no tenía suficiente capital como para poderlas fabricar no pudo proporcionárselas frustrando así su posible venta.

Debido a la problemática anterior la empresa tuvo que dar un gran giro a su estructura de funcionamiento básico. En ese momento empezó a cobrarle a sus vendedores por vender su producto en lugar de pagarles por ello, con lo cual acabó con la carga de los salarios y comisiones. En ese momento nace el primer sistema de franquicias en los Estados Unidos de América, en éste los franquiciatarios acuerdan pagarle a "Singer" una cuota por el derecho de vender su producto, las que los franquiciatarios compraban en un precio, que era de 60 dólares y vendían en un sobreprecio acordado por las partes, así resolviendo la problemática de capital que tenía la empresa.

² Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra, El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano, México, 1ª. Ed. ed. Porrúa. México 2000 p.2.

En este momento podemos decir que se establece una relación de ventas entre los sujetos franquiciante y franquiciatario, en la que el primero adquiere la identidad de proveedor y el segundo de distribuidor, así es como nace la franquicia de producto de marca, como al día de hoy la conocemos.³

Al poco tiempo surgen otras empresas que hacen suyo este sistema de franquicia, como es el caso de la empresa "General Motors", que así en lugar de invertir en bienes raíces para montar centros de ventas para sus automóviles, esa inversión la aplica a la investigación de más tecnología así como a la producción de más vehículos.⁴

Es importante mencionar el caso de las gasolineras en Estados Unidos de América. En 1930, las compañías petroleras, eran dueñas de casi la totalidad de las gasolineras, pero había una cantidad significativa de gasolineras independientes, que día a día sufrían por la constante guerra de precios entre sí mismas. Standard Oil Co., de Indiana decidió optar por rentar sus estaciones gasolineras a los administradores de las mismas. Los nuevos franquiciatarios establecieron sus propios precios y así sus propias ganancias, de la misma manera generando sus propios riesgos, beneficios y satisfacciones propios de un empresario.

³Cfr. González Calvillo, Enrique. Op Cit. p.34.

⁴Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra Op Cit. p. 3.

La empresa Standard Oil dejó de pagar salarios y prestaciones que le resultaban excesivamente costosos y empezó a cobrar rentas de estaciones gasolineras que permanecían más tiempo abiertas y se manejaban más eficientemente, de esta manera el franquiciante, antes administrador de la gasolinería, que después sería dueño de una parte, pondría un esfuerzo diferente ya no el de administrador sino el de un empresario, alguien que debía luchar por su negocio, situación que la empresa no podía brindar por falta de cercanía al más íntimo manejo del negocio. Como ya sabemos, este esquema se utiliza casi en todas las compañías petroleras del mundo.⁵

Uno de los más grandes precursores de la franquicia fue la compañía "Coca-Cola". Esta, que tuvo su fundación en 1886, tenía un lento crecimiento, ya que ella misma ponía sus establecimientos, los cuales eran reducidos, en donde vendía sus productos, que eran las fuentes de sodas.

Hasta que en 1899, dos inversionistas en Chanttanoooga convencieron al presidente de la compañía para que les otorgara los derechos de vender "Coca-Cola embotellándola en todo los Estados Unidos de América, y así fue como estos dos inversionistas establecen la primera embotelladora en el mundo, absorbiendo el 100% del costo de la instalación de ésta y encargándose de la

⁵ Cfr. González Calvillo, Enrique Op Cit. P. 34.

administración, a cambio de recibir todo el producto y apoyo publicitario.

Posteriormente, con el crecimiento de la demanda, estos dos franquiciatarios, franquiciaron, o en términos de 1990 subfranquiciaron, los derechos otorgados por "Coca-Cola", dada su falta de recursos y habilidad administrativa, de esta manera revendiendo el producto para que fuera embotellado. En 1919 ya existían 1000 embotelladoras que eran participes de este creciente negocio. Poco tiempo después surgieron otras refresqueras como Pepsi Cola y Dr. Pepper.⁶

Para 1950, se da el mayor auge de las franquicias, y un factor importante es el de la evolución de la legislación de marcas en los Estados Unidos de América, dándose así una evolución del concepto de marca como indicador de calidad, explicándose el hecho de licenciarla, siempre y cuando el dueño de la marca controlara la calidad de bienes y servicios vendidos bajo ésta.

En 1925 Howard Johnson inició un negocio de refrescos y helados con 500 dólares producto de un préstamo. Posteriormente, al paso de los años el negocio había crecido hasta un par de restaurantes pequeños que eran caracterizados por tener un techo de color anaranjado y brillante. Los planes de expansión de ese

⁶. Cfr. González Calvillo, Enrique Op Cit. p. 35.

entonces contemplaban el desarrollo de los negocios con capital propio, pero debido a la depresión de 1929 tuvo que cambiar sus planes. El señor Johnson requería de lo que él llamaría un socio franquiciatario por lo que logró convencer a un dueño de un restaurante en Cape Cod, en el noroeste de Estados Unidos de América, de usar su nombre y de usar sus productos, este negocio tuvo éxito de tal manera que para 1940 existían ya 100 restaurantes a lo largo de la costa de los Estados Unidos de América. Y a la fecha Howard Johnson es una de las empresas hoteleras más importantes de los Estados Unidos de América.⁷

En 1946 en los Estados Unidos de América, con la aprobación de la Ley Federal de Marcas, conocida como el *Lanham Act*, delinea las bases para el desarrollo de las franquicias al codificar el derecho de un dueño de una marca para exigir estándares de calidad a sus licenciarios.⁸

Un aspecto importante es el que los franquiciantes pudieron transmitir sus conocimientos y habilidades a los franquiciarios por medio de un paquete o fórmula de asimilación y puesta en práctica por un personal que en la mayoría de los casos no tenía ningún grado de conocimiento o de educación en la materia.

⁷ Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo, *Op Cit.* p.35.

⁸ RDNİK, CHARLES, *The Franchise Boom*, Cit in. L. C. RUDNIK, *en International An Overview, Canada*, 1983. Cit in. Torres de la Rosa, Alejandra, *El Contrato de Franquicia en el Derecho México*, México. Ed. Porrúa p.5.

Con el tiempo, con la evolución de la figura de franquicia y en vista de las nuevas circunstancias, nace la figura de la franquicia de formato de negocio, en la cual el franquiciatario tendrá no sólo la marca o el nombre comercial sino todo un "Sistema Completo de Negocio", en esta nueva modalidad de franquicia el franquiciante le otorga al franquiciatario en forma total su nombre integral, su nombre comercial o marcas, sus conocimientos respecto del negocio así como la forma de administrarlo él mismo.

Uno de los más claros ejemplos de franquicia de formato de negocio es el de las compañías Dunkin' Donuts, Kentukhi Fried Chiken, Midas Mufler, Holiday Inn, y Macdonald's. Esta última es la primera en explotar de gran manera este nuevo concepto de franquicia y debido a eso analizaremos su caso más detalladamente.

Reconocido mundialmente Ray Kroc como uno de los más grandes precursores del sistema de franquicias de formato de negocio fue el fundador de Macdonald's. Ray Kroc comenzó su larga carrera de negocios como vendedor, asesoraba a los que eran sus clientes en técnicas y sistemas de incremento dirigido hacia sus ventas, siempre y cuando sus ventas se reflejaban en un incremento sobre la compra de los productos que a él le hacían. En una ocasión le propuso a "walgreen" la idea de vender malteadas para llevar, en el tiempo en el que se dedicaba a la venta de vasos desechables, para ese

entonces el concepto resultó muy innovador, años después encontró franquicias de este negocio.⁹

El *multimixer*, que en ese entonces Ray Kroc vendía, aparato con el que se preparaban cinco malteadas al mismo tiempo, en el afán por buscar diferentes compradores potenciales para el *multimixer*, Ray Kroc se enteró de un restaurante de hamburguesas tipo *drive - in*, que había ordenado ocho *multimixer*, debido a la naturaleza de la compra que le habían realizado a Ray Kroc éste decidió visitar ese restaurante, ya que le impactó la cantidad de clientes que debía tener para tan monstruosa compra, es decir, 40 malteadas a la vez.

Kroc, se dirigió hacia San Bernandino California y al llegar se encontró con la impresión que había llegado al restaurante más monstruoso productor de dinero en todo los Estados Unidos de América. Pero ¿cuál era el secreto de "MacDonald's Famous Hamburgers" de San Bernandino California?, Ray Kroc sostuvo que eran estos tres elementos:

1.- La calidad permanente de sus productos día tras día, por medio de un proceso de operación muy eficiente, aunado a que el menú era fijo, ello se traducía en una comida confiable para el consumidor.

⁹ LUXENBERT, Stan, *Roadside Empires, How the chains franchised America*, Viking Penguin Inc., EEUU, 1985, Cit in. González Calvillo, Enrique Op Cit. p. 38.

2.- Baños limpios para los vendedores y demás viajeros o paseantes.

3.- Ventanillas para atención directa a clientes, las cuales aseguraban la efectiva rotación de los mismos y eficiencia por parte del personal.

Después de analizar el negocio Kroc imaginó cientos de MacDonal'd's a lo largo de toda América, con el mismo número de clientes, al mismo tiempo imaginando la cantidad de *Multimixers* que serían necesarios para los mismos negocios, lo cual importaría una gran venta, de esta manera tomó la decisión de dirigirse a hablar con los dueños, los hermanos Maurice y Richard MacDonal'd's, además fundadores del restaurante. Después de varias pláticas, Ray Kroc los convenció de los beneficios económicos que implicaría la expansión a un nivel nacional de MacDonal'd's. Los Hermanos MacDonal'd's aceptaron, convinieron que Ray Kroc sería el que comercializaría las franquicias a cambio de la mitad de las ganancias que ésto implicaría. Kroc aceptó tan grande responsabilidad, a pesar del disgusto de su esposa, pero Kroc estaba frente a la más grande oportunidad de hacerse de dinero y no se detuvo por nada.¹⁰

Lo primero que hizo es poner en marcha la unidad piloto de Desplanes Illinois, con el objeto de que el negocio se afirmara y creciera, dejando ver de esta

¹⁰Cfr. González Calvillo, Enrique Op Cit. p 39.

manera nuevos conceptos, así creando un nuevo récord de ventas que sirviera para ejemplo de los futuros franquiciatarios. Ray Kroc empezó a construir un esquema de operación que a la fecha es muy eficiente, también mejoró los procesos en donde utilizaba los desperdicios ahorrando centavos que juntos acompletarían dólares.¹¹

También, Ray Kroc desarrolló una serie de especificaciones y guías operacionales para las franquicias. Que comprendían desde el tiempo de servicio de una comida hasta el peso de la carne de una hamburguesa, además del peso y medida exacta de todos los ingredientes que deberían de llevar los productos de venta de las franquicias. Preocupándose, Ray Kroc, por igualar todos los productos desde su minuciosa igual preparación hasta por generar las condiciones climáticas que provocarían que todas las franquicias vendieran sus productos en las mismas condiciones e igual ambiente, que el negocio de San Bernandino California.¹²

Cuando hablamos de Ray Kroc en este tema nos referimos más a él que a los hermanos MacDonald's, ya que él es quien realmente crea un verdadero sistema de franquicias como formato de negocio. Y esto es muy importante para el estudio de los siguientes capítulos de nuestro trabajo, en el que será necesario regular las condiciones de la franquicia y gracias a Ray Kroc

¹¹ Ibidem

¹² Ibidem

hoy sabemos de el formato de la franquicia de formato de negocio. Ya que, Kroc introdujo conceptos dentro de la franquicia de negocio como el de uniformidad o estandarización del producto. Además, fue el primero en utilizar las técnicas de producción industrial en serie en el área de servicios.¹³

Algunos de los autores que estudiamos afirman que de la misma manera que Ford es a la industria automotriz, lo es Kroc a la industria de distribución de servicios.

Independientemente de todo lo que hemos mencionado respecto de Kroc y la franquicia de formato de negocio, representó para los hermanos MacDonald's muchos millones de dólares, ya que para 1959 existían 100 restaurantes franquiciados y a finales de los ochenta mas de 10,000.¹⁴

Así fueron cada vez más las franquicias en varios países, y como lo hemos visto principalmente en los Estados Unidos de América, que es su país de origen, según datos divulgados por la Asociación Internacional de Franquicias, cuya sede está en Washington, D.C., y el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América a finales de 1989, existían en ese país únicamente 509,000 franquicias las cuales registraron en 1988 ventas mayores de 640 billones de dólares. Para poder entender mejor la magnitud de esa cantidad recordamos la deuda

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

contraída por todos los países del mundo en ese año, que era de 441.2 billones de dólares.¹⁵

La expansión que se ha registrado en materia de franquicias en otros países no es menos impresionante pero tenemos que mencionar que en ningún país del mundo se ha desarrollado de tal manera como en los Estados Unidos de América, de cualquier modo para nuestro trabajo es necesario analizar, aunque de manera breve, el desarrollo de la franquicia internacionalmente.

La internacionalización de las franquicias comenzó a producirse en la década de los sesenta y para 1971, ya había unas 156 franquicias norteamericanas operando 3365 unidades fuera de los Estados Unidos, actualmente hay 400 compañías norteamericanas que operan a través de franquicias fuera del mercado estadounidense, la mayoría de ellas localizadas en Japón, Francia, Reino Unido, Canadá, Francia, Italia y Australia.¹⁶

De manera afortunada existen negocios en el mundo que en lugar de convertirse en grandes cadenas se han convertido en franquicias multinacionales.

A continuación, hablaremos de la franquicia en México y mencionaremos que en México no hay ningún brote de esta figura sino hasta la década de los 80s. Sin embargo, podemos decir que la franquicia es en México hoy uno de

¹⁵ibidem.

¹⁶ Enrique Gonzálz Calvillo y Rodrigo González Calvillo, Op Cit. p 46-47.

los sectores del comercio que registran un mayor número de crecimiento.

Debido que hasta 1982, en México fue promulgada la ley de Transferencia de Tecnología, los empresarios mexicanos no sabían de la gran aplicación que podía tener la franquicia y podemos decir que la compañía McDonald's fue la que abrió el campo a las demás compañías o empresas para que pudieran realizar franquicias en México.¹⁷

MacDonald's como lo mencionamos en este mismo tema, por medio de Ray Kroc, da nacimiento a la figura de franquicia de negocio y por si fuera poco fue McDonald's quien por primera vez en México trajo el concepto de la franquicia, contratando así, con Saúl Kahan y Diego Zorrilla, respecto de las dos unidades que se abrirían en México y Monterrey; la primera fue abierta por Saúl Kahan en noviembre de 1985, en la ciudad de México, una vez abiertas las primeras unidades sé dio a conocer en Estados Unidos que McDonald's ya estaba en México.¹⁸

Mas empresas de procedencia extranjera contrataron franquicias en México, como podemos mencionar a Howard Johnson, TGI Frday's y Frud Duck y así se marco a

¹⁷ Cfr. Ibid. p59.

¹⁸ Cfr. Ibid. p. 59.

finales de 1987 lo que sería, en posteriores años, la explosión de la franquicia en México.¹⁹

En 1988 el 16 de junio se llevó a cabo la primera conferencia de franquicias en México, teniendo un éxito rotundo, atrajo a casi 100 hombres de negocios, despertando un mayor interés sobre realizar franquicias en México.²⁰

En 1988 nació la iniciativa de crear una Asociación Mexicana de Franquicias, A.C. que para febrero de 1989 quedó constituida. En donde se acordó que la Asociación tendría como propósitos fundamentales la promoción y difusión de las franquicias en nuestro país y el mejoramiento de las condiciones legales, para así proporcionar un crecimiento sostenido para las franquicias en México.²¹

1.2. Explicación, aplicación y funcionamiento de la franquicia.

Para poder hablar de este tema se hace necesario dar una definición, y de manera burda podemos decir que la franquicia es: Un método para distribuir bienes y servicios a todo consumidor por medio de la aplicación de un sistema que incluye un nombre comercial o marca, y

¹⁹ Cfr. Ibid. p59.

²⁰ Cfr. Ibid. p60.

²¹ Cfr. Ibid. p 61.

una compleja gama de conocimientos de índole administrativa, operativa y mercadológica.²²

Como lo mencionamos en el tema pasado las franquicias no surgieron como el resultado de una invención sino como la solución a una serie de problemas causados por la deficiente distribución de servicios y productos. Así pues, la franquicia no surge como una nueva idea de una empresa sino como el producto de aplicar un nuevo sistema a la distribución de productos y servicios.

La franquicia aparece en economías en donde la producción de bienes y servicios van a ser de manera masiva, en la que los consumidores de estos bienes y servicios van a exigir uniformidad en los bienes demandados. De este modo podemos decir que destacan tres elementos básicos que son: la marca, la uniformidad del producto o servicio y el pago del franquicitario al franquiciante.

a) La Marca

La función primordial de una marca es la indicación de la calidad. Las diversas normas que se han dictado en diversos Estados de la Unión Americana, reiteran que para enmarcar una relación de franquicia es necesario que el

²²Cfr. Gonzalez Calvillo, Enrique y Gonzalez Calvillo, Rodrigo, Op Cit. p. 32

franquiciatario opere su negocio con una o varias marcas o nombre(s) Comercial(es) del franquiciante.²³

b) Uniformidad

El consumidor demanda uniformidad de lo que desea, ya que cuando compre en un negocio franquiciado va a tener la seguridad que en cualquier unidad de negocio franquiciado, esté donde esté, el producto que compre va a ser el mismo.²⁴

El concepto uniformidad está íntimamente relacionado a la marca o nombre comercial, de ahí que cuando queramos una hamburguesa de MacDonal'd's, sabemos que así la compremos en Yucatán va a tener el mismo: sabor, consistencia, textura, es decir, que cuenta con las mismas características que la que compremos en Hidalgo. De esta manera no se necesita conocer de la materia de las franquicias como para poder exigir que lo que nos venden en un MacDonal'd's nos lo vendan en otro negocio franquiciado del mismo tipo y exigir que estén cumpliendo con el compromiso de uniformidad.

c) Contraprestación o pago.

Al hablar de la contraprestación nos estamos adelantando un poco al análisis contractual de la franquicia. Debido al principio obligacional que a toda

²³ Cfr. Cardelús p. 57. Cit in. Arce Gargollo, Javier. El Contrato de Franquicia. Reimpresión a la 3ª Ed. ed. Themis, México febrero 1995. p. 12.

²⁴ Ibid p. 12

prestación onerosa corresponde una contraprestación, es decir, un pago, y habrá pagos por muchas causas como: el pago inicial de derecho de franquicia, por entrenamiento, por diseño arquitectónico, entre otros. Pero eso lo estudiaremos en los dos últimos capítulos de este trabajo de tesis.

Las franquicias han traído nuevas expectativas a México, entre que destacan: El que el franquiciante sin la necesidad de invertir nuevo capital puede tener un sistema rápido de expansión y de penetración en el mercado; y el franquiciatario podrá ser propietario de un negocio, contar con una tecnología comprobada nacional o internacionalmente para la operación de un negocio.²⁵

Con lo antes mencionado, podemos destacar que en la franquicia existe una relación en donde el que aporta la franquicia y quien goza de ella contribuye con valores y talentos, que son complementarios y que permiten una buena conducción de un negocio. El primero, aporta su nombre comercial o marca así como todos sus conocimientos en la operación de un negocio, mientras que el segundo aporta la inversión y el trabajo para el desarrollo y operación de un negocio.

1.3. Ley de Invenciones y Marcas.

²⁵ Cardelús p. 57. Cit in. Arce Gargollo, Javier, Op Cit. p. 12.

En la Ley de Invenciones y Marcas "LIM", publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de febrero de 1976, en ningún momento el legislador trató de mencionar expresamente algo respecto de los contratos de franquicia. Sin embargo, en esta ley se regulaba el uso de la marca, en su capítulo V, título IV, en donde se establece que el titular sobre el derecho de la marca podía autorizar uno o más sujetos como usuarios de la misma, la condición para darle carácter legal a este acto, era que el contrato por medio del cual se realizara se inscribiera en la Dirección General de Invenciones, Marcas y Desarrollo Tecnológico de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial "SECOFI", la cual deberían de solicitarla ambas partes, tanto el titular sobre el derecho de la marca, como el usuario de la misma, y además, anexar, entre otras cosas, una constancia expedida por el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología "RNTT", en la que se acreditaría que la marca en relación con la cual se solicita la inscripción del usuario autorizado se encuentra comprendida en un acto inscrito de dicho registro.²⁶

1.4. Ley de Transferencia de Tecnología.

La Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de

²⁶ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra, *Op Cit.* p. 13.

Patentes y Marcas (LCRTP) tuvo una gran influencia sobre las franquicias a partir de la fecha de su promulgación, el 11 de enero de 1982; En México antes de que existiera esta ley no había disposiciones legales o administrativas que regularan la materia de las franquicias, solo se regulaba la licencia de uso de una marca, mismo contrato debía de ser inscrito en la Dirección General de Inventiones y Marcas según lo dispuesto por la abrogada Ley de Inventiones y Marcas.²⁷

En los años 60 existía la idea de que con la llegada de la inversión extranjera a nuestro país nacía la apremiante necesidad de "importar" tecnología del extranjero que era de gran importancia para nuestra joven industria, en la cual la tecnología así como diferentes medios de producción eran hasta cierto modo deficientes y rudimentarios. Sin embargo, por otro lado, se tenía la idea de que la tecnología importada a nuestro país era obsoleta y que el precio que se tenía que pagar por su transferencia era excesivo.²⁸

Para ese entonces, nuestro gobierno consideró que evidentemente la importación de que dicha tecnología no era funcional, ya que resultaba perjudicial para aquellos que la quisieran adquirir o a aquellas franquicias

²⁷ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p. 15.

²⁸ Cfr. González, Enrique y Mazero, Joyce, "Franchising in México: Breaking with Tradition", Franchise Law Journal, American Bar Association, 7, Summer 1, p. 3, Cit in. González Calvillo, Enrique. Cit In. P 80.

potenciales, ya que la tecnología que se les proporcionaba era anticuada o inoperante en proporción al precio en que se les vendía o arrendaba.²⁹

En nuestro país, se pretendió solucionar el problema citado en el párrafo anterior por medio de la creación de Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología, en base a la cual, se instituyó el registro de todos y cada uno de los contratos de tecnología que tuvieran efectos en México. Para los efectos de esta Ley no se nomina a la franquicia como una figura sino como un contrato de transferencia de tecnología.³⁰

De esta manera, se reguló dentro de la Ley Sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología la necesidad de someter todos y cada uno de los contratos de franquicia a la aprobación de la autoridad, así, como la obligación de inscribirlos en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, para hacerlos oficialmente legales, también negándoles radicalmente el registro a aquellos contratos que fueran nocivos para los intereses de los adquirentes de la tecnología y para la economía nacional, con el propósito de regular los motivos de negativa de registro normaron dichas causales en los artículos 15 y 16 de la Ley Sobre el Control y Registro

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

de Transferencia de Tecnología, lo cuales se enumeran en la siguiente relación:³¹

En el caso de que el franquiciante:

- 1.- Intervenga en la administración del negocio franquiciatario;
- 2.- Requiera la cesión gratuita de derechos de propiedad intelectual generados por el franquiciatario;
- 3.- Imponga limitaciones al franquiciatario en materia de investigación;
- 4.- Establezca proveedores obligatorios para el franquiciatario;
- 5.- Limite o prohíba la importación por parte del franquiciatario;
- 6.- Prohíba al franquiciatario el uso de tecnología complementaria;
- 7.- Obligue al franquiciatario a vender a un solo cliente;
- 8.- Tenga la atribución de designar el personal del franquiciatario;
- 9.- Limite los volúmenes de producción al franquiciatario;

³¹ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p. 17.

10.- Requiera al franquiciatario la celebración de contratos exclusivos de venta o representación;

11.- Requiera confidencialidad más allá del término del contrato;

12.- No asuma responsabilidad por la violación a derechos de propiedad intelectual a terceros;

13.- No garantice la calidad de la tecnología;

14.- Transfiera tecnología disponible en el país;

15.- Establezca contraprestaciones desproporcionadas;

16.- Fije términos excesivos de vigencia;

17.- Requiera sumisión a Tribunales extranjeros.

Como podemos observar claramente, las causales de negativa de registro previstas en la Ley tienen de manera muy clara el objetivo de eliminar cualquier tipo de ventaja, por mínima que fuera, que tuviera el proveedor extranjero en la venta de tecnología a una compañía mexicana, en donde puede resaltar el interés sobre los convenios de tecnología en donde las condiciones siempre favorecieran la postura del adquirente o licenciataria mexicano; podemos decir, que después de analizar las negativas de registro contenidas en los artículos 15 y 16 de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, la empresa extranjera que quisiera realizar

una franquicia en México nunca sería susceptible de existir debido a que las causas antes mencionadas hacen a cualquier franquicia prácticamente imposible.³²

Afortunadamente y los hechos lo confirman que durante los últimos años las autoridades del Registro Nacional de Transferencia de Tecnología permitieron que se registrara un número sin precedente de contratos de franquicia. Pero realmente si analizamos la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, resulta claro y evidente que el legislador no estaba de acuerdo y mucho menos interesado en que el proveedor de la tecnología tuviera el derecho de participar tan activamente en la administración y actividad del licenciatario como ocurre en la franquicia.³³

Los argumentos que convencieron a las autoridades para la aprobación de este tipo de contratos fueron el crecimiento de empleos, el desarrollo en el campo del comercio local y la promoción para un mayor número de inversiones en México. Podemos decir, que entre 1983 y 1986 cuando comenzaba el ingreso de algunas de las franquicias más importantes del mundo a México, tuvieron que ser aceptadas como un mal necesario.³⁴

La Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, parte de la idea de que los empresarios no

³² Ibidem.

³³ Cfr. González Calvillo, Enrique. Op Cit. p. 83.

³⁴ Cfr. Ibid. p.83-84.

tenían la capacidad de negociar adecuadamente un contrato con su contraparte extranjera. La base fundamental de la obligación de registrar los contratos de tecnología consiste en permitir al Estado participar en la negociación de este tipo de contratos. De esta manera, los objetivos de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, fueron los siguientes, mismos que no se cumplieron en su totalidad:³⁵

1.- Fortalecer la posición negociadora de las empresas mexicanas al tratar con licenciantes extranjeros.

2.- Prevenir abusos por parte de los licenciantes extranjeros.

3.- Incrementar tanto la calidad como la cantidad de la disponibilidad de tecnología, de acuerdo con los objetivos de desarrollo de México.

En la actualidad, la Ley sobre el Control y Registro y Transferencia de Tecnología, se encuentra abrogada, además, los contratos de franquicia no están sujetos a la aprobación de la autoridad y su contenido es libre de convenir por las partes. Solamente el franquiciante tiene la obligación de dar a conocer al franquiciatario sus potenciales franquiciatarios.

³⁵ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p.18.

1.5 -Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología de 1982.

En el año de 1982, se expidió el Reglamento de Transferencia de Tecnología, que por lógica contenía normas igualmente proteccionistas que la Ley sobre el Control y Registro y Transferencia de Tecnología de 1982.³⁶

Como lo hemos mencionado ya, la ley de sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, obligaba a los contratos de transferencia de tecnología a que se inscribieran en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología (RNTT), para que tuvieran validez. Posteriormente que los pactos se inscribieran y tuvieran efectos, no tenían que tener las características de las causas de no-inscripción contenidas en los artículos 15 y 16 de dicha ley.

En el mismo orden de ideas, tanto la Ley sobre el Control y Registro sobre Transferencia de Tecnología, como el Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, contenían limitaciones contractuales que resultaban muy estrictas para los contratos de franquicia que vistas desde un punto objetivo no eran favorables para ninguna de las partes ya que las prohibiciones contenidas no permiten realmente la

³⁶ Cfr. Ibid. p19.

celebración de una franquicia, y entre esas limitaciones encontramos las siguientes:³⁷

I) Que la contraprestación no guarde relación con la tecnología adquirida o constituya un gravamen excesivo para la economía nacional o para el franquiciatario (art. 16-II LCRTT), señalando a su vez él artículo 63 del reglamento, que para la aprobación se necesitan además considerar los siguientes elementos:

1.- *El grado de educación que establecen los diversos supuestos que establece el artículo 9-II de la Ley.*

2.- *La calidad del grado de avance de tecnología adquirida.*

3.- *El índice de penetración de los productos obtenidos con la tecnología suministrada, tanto en el mercado del franquiciante y el franquiciatario.*

4.- *La existencia de vínculos corporativos entre franquiciante y franquiciatario.*

5.- *El impacto que tendrá la operación en la situación financiera del franquiciatario y la economía del país.*

6.- *La experiencia tecnológica del franquiciatario respecto de los conocimientos involucrados en el acto, convenio o contrato de que se trate.*

³⁷ Cfr. Ibid. p. 20.

II).- Que se obligue al franquiciatario a adquirir equipo, herramientas partes o materias primas exclusivamente de un origen determinado existiendo otras alternativas de consumo en el mercado nacional o internacional(artículo. 15 - frac IV LCRTT). En el mismo sentido él artículo 46 del reglamento amplía lo anterior de la siguiente manera:

1.- Cuando el franquiciatario se obligue a proveerse de insumos del franquiciante al precio que este señale, durante la vigencia del acto, convenio o contrato.

2.- Cuando el franquiciatario se obligue a proveerse de los insumos provenientes de una fuente de abastecimiento señalado por el franquiciante.

Es conveniente mencionar que el art. 47 del Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, señala que se exceptúa lo señalado en él artículo anterior cuando el franquiciante se comprometa a abastecer al franquiciatario de ciertos productos que no se encuentren en el mercado siempre y cuando pueda abastecerse de ellos cuando él quiera en donde a este le convenga.

III).- La inversión directa o indirecta de el franquiciante en la administración de franquiciatario (art. 15- I LCRTT).

También el art. 41 del RLCRTT. establece que no se inscribirán contratos en los cuales el franquiciatario se obligue a ceder parcial o totalmente la administración del negocio, ni que tampoco el franquiciante pueda asumir dicha facultad en decidir en áreas que no se refieran al objeto del acuerdo. Asimismo en su artículo 42 dicho reglamento señalaba los casos de excepción siguientes.

1.- Cuando el objeto del contrato consista en la prestación de los servicios de operación o administración de empresas.

2.- Cuando el contrato involucre usos de marcas y la obligación se oriente únicamente a mantener niveles adecuados de calidad y prestigio de los productos.

3.- Cuando exista un derecho temporal por parte del franquiciante para la revisión de libros contables, con el único fin de efectuar el pago de regalías, en cuanto ello no derive hacia el pago de control permanente del franquiciatario.

IV).- El impedimento al franquiciatario para desarrollar tecnología (art. 15- III LCRTT) ; considerando lo preceptuado por el RLCRTT en su art. 45:

1.- Cuando se prohíba o se limite al franquiciatario el derecho a iniciar programas de investigación y desarrollo respecto de los nuevos productos, procesos, equipos y demás aspectos tecnológicos.

2.- Cuando se establezcan limitaciones para que el franquiciatario pueda efectuar mejoras o desarrollos sobre los productos involucrados en el acto, convenio o contrato.

3.- Cuando se condicione límite en forma injustificada la incorporación de mejoras o desarrollo producido por el franquiciatario, en particular cuando no se involucren derechos bancarios.

4.- Cuando se condicione injustamente la incorporación de mejoras hechas por terceros.

5.- Cuando se limite sin causa justa el campo de uso de información patentada.

6.- Cuando Se prohíba al franquiciatario iniciar proyectos de investigación y desarrollo durante la vigencia del acto, convenio o contrato o una vez finalizado éste.

7.- Cuando se obligue al franquiciatario a devolver la información técnica, salvo incumplimiento del franquiciatario o en aquellos casos en que se involucren derechos de propiedad industrial aún vigentes, de conformidad con otras disposiciones legales o reglamentarias aplicables.

V).- La prohibición o restricción a la exportación de bienes o servicios por parte del franquiciatario de

manera contraria a los intereses del país (art. 15- v LCRTT) señalado a su vez, en el RLCRTT en su art. 48 que hay adecuación a lo anterior:

1.- Cuando se establezca una prohibición total a las exportaciones del franquiciatario.

2.- Cuando se requiera autorización expresa del franquiciante para que el franquiciatario pueda exportar.

3.- Cuando se establezcan límites a los volúmenes de exportación por el franquiciante.

El artículo 49 de dicho reglamento establecía que podían exceptuarse aquellos que presenten las siguientes características:

1.- Cuando el franquiciante tenga concedidas previamente licencias exclusivas a favor de terceros en territorios limitados.

2.- Cuando, en términos generales, se respeten los mercados en que el franquiciatario demuestre potencial de exportación.

3.- Cuando el franquiciante se respete a sí mismo su propio territorio.

IV).- La obligación de guardar en secreto la información técnica proporcionada por el franquiciante por un plazo mayor al del contrato, es decir máximo al de

10 años (art. 15- frac. XI LCRTT). Por otra parte el artículo 56 de RLCRTT establece ciertas excepciones.

1.- Si la tecnología suministrada esta protegida por un derecho de propiedad industrial cuya vigencia no hubiere concluido al término del acuerdo.

2.- Cuando se demuestre ante la secretaria de Comercio y Fomento Industrial. (SECOFI) que es conveniente mantener en confidencialidad la información técnica suministrada, acreditando el alto rango de modernidad y dinamismo de la tecnología, la limitada situación de oferta existente dentro de la misma y el beneficio social que deriva de su adquisición.

1.6.- Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología de 1990.

El Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (RLCRTT) publicado el 9 de enero de 1990, causa que el sistema jurídico mexicano reconozca la existencia de un nuevo sistema jurídico que casi en forma definitiva resuelve la incertidumbre existente respecto de la aprobación y registro de contrato de franquicia en México.³⁸

Este reglamento deja sin efectos al que había estado en vigor desde 1982. La promulgación del Reglamento de

³⁸ Cfr. Ibid. p. 24.

la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, de 1990, significó el reconocimiento y definición del contrato de franquicia en el derecho Mexicano y la liberación de la mayoría de limitaciones contractuales.³⁹

Efectivamente, el Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, además de establecer excepciones específicas, a las causales de negativa de inscripción establecidas por la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, contemplaban una excepción general, al establecer que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, (SECOFI), podía determinar causales de excepción a la negativa de inscripción, a las causales establecidas por la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, en el caso de que los franquiciatarios manifestaran ante dicha autoridad, bajo protesta de decir verdad, que era su deseo celebrar el acuerdo en los términos propuestos, y en tanto que los contratos correspondientes resultaran beneficiosos para el país.

En el Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología de 1990, sin duda es la primera disposición que le da una definición a la franquicia resultando muy acertada ya que abarcó los

³⁹Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op Cit. p. 27.

elementos esenciales de este sistema que son: La licencia de uso de una marca y la transferencia de tecnología.⁴⁰

Es así como el artículo 23 de dicho reglamento define a la franquicia, como el acuerdo, en que el proveedor además de promover el uso o autorización de explotación de marca o nombres comerciales al adquirente, transmitía conocimientos técnicos, proporcione asistencia técnica con el propósito de procurar bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor.⁴¹

Un nuevo Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología en México experimentó una gran llegada de franquicias pero pese a las favorables condiciones que daba el Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología, empezó haber contradicciones como la que causaba el artículo 24 que establecía la posibilidad de registrar un contrato modelo, evitando así la posibilidad de registrar todos y cada uno de los contratos de franquicia incumpliendo así con lo establecido por la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología. Es por esta cusa que se pensó en crear una nueva ley, como lo fue el proyecto de la Ley de Propiedad Intelectual enviada por el ejecutivo en diciembre de 1990

⁴⁰ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra, Op Cit. p. 24.

⁴¹ Cfr. Ibid. p. 25.

que en su artículo 2 prevé la abrogación de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología.⁴²

El 27 de junio de 1991, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Fomento a la Propiedad Industrial (ahora Ley de Propiedad Industrial -LPI-) que en su artículo transitorio preveía la abrogación de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y de la Ley de Invenciones y Marcas, misma que comentaremos en el siguiente capítulo de este trabajo de tesis.

⁴² Cfr. *Ibid.* p. 27.

CAPITULO II

FUNDAMENTO LEGAL DE LA FRANQUICIA EN MÉXICO

Y

FIGURAS AFINES

2.1. LEY DE INVERSION EXTRANJERA

En el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1993 se publicó la nueva Ley de Inversión Extranjera (LIE) misma que abroga la anterior Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973.

Un aspecto primordial en la nueva Ley es que establece el principio general en el cual "la inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital de las sociedades mexicanas", salvo las excepciones que la misma Ley señala (Art. 4 de la Ley de Inversión Extranjera). A diferencia de la Ley anterior en esta nueva Ley de Inversión Extranjera se extienden de

gran manera las áreas de actividad económica en las que puede haber inversión extranjera mediante la limitación que ésta misma establece y expresa las actividades reservadas exclusivamente para los mexicanos en su Art.6.¹

Por otra parte, se amplía el porcentaje de inversión extranjera en otras actividades económicas como transporte, instituciones de crédito, armas de fuego y explosivos, entre otros, (Art. 7 Ley de Inversión Extranjera); para que la inversión extranjera tenga la posibilidad de participar en determinadas actividades se requiere la resolución de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, entre tales actividades se encuentran comprendidas las de servicios portuarios, sociedades navieras, administración de terminales aéreas, servicios privados de educación, telefonía celular y construcción de ductos para petróleo (art. 8 LIE) .²

Las disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera, significan que las franquicias se podrán celebrar con un 100% de capital extranjero y así, el capital franquiciante sea en su totalidad extranjero, lo que significa un factor muy importante para las franquicias, ya que, si nos ponemos a pensar, puede darse la condición en que un franquiciatario extranjero venga a México a constituir una franquicia con un franquiciante mexicano o

¹ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra Op Cit. p. 13.

² Ibidem.

bien, un franquiciatario extranjero constituya una franquicia en México con un franquiciante extranjero, y en estos dos casos la totalidad del capital franquiciatario pueda ser de procedencia extranjera, lo cual puede resultar muy peligroso para el desarrollo de la inversión mexicana en México, ya que las inversiones extranjeras podrían desplazar a las inversiones mexicanas. Sin embargo, la posibilidad de que se puedan constituir inversiones en México con un 100% de capital extranjero, en muchas materias económicas, es probable que tenga como efecto un mayor desarrollo en materia de franquicias en México.

2.2. LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

El 27 de junio de 1991 se publicó la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial (ahora Ley de Propiedad Industrial - LPI -) que en su artículo 2° transitorio, preveía la abrogación de la Ley de Invenciones y Marcas (LIM) y la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología (LCRTT).

La Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial tenía, entre otros, los siguientes objetivos principales:

a) Establecer las bases, para que las actividades industriales y comerciales del país, tengan un sistema permanente de perfeccionamiento en cuanto a sus procesos y productos.

b) Proteger la Propiedad Industrial y prevenir los actos que atenten contra ésta o que constituyan competencia desleal con la misma, estableciendo las sanciones y penas al respecto.³

Como resultado de la publicación de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial sobrevino la abrogación de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología, y una vez que acontece esto se libera la figura de la franquicia de todas aquellas restricciones legales, que propiciaban un ambiente muy saturado, que hacían difícil celebrar franquicias en México.

Una vez que la franquicia queda liberada, se dan las condiciones para que este negocio se expandiera por todo el territorio mexicano, así creando un ambiente de interés para los inversionistas.

Al estudiar el fundamento legal de la franquicia como un primer elemento que nos acerque a su estudio y, todavía más, a uno de los objetivos de este trabajo de tesis, se hace necesario mencionar que la franquicia en

³ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra, Op Cit. p. 28.

México no cuenta con una regulación específica, a pesar de que la Ley de Propiedad Industrial, contempla expresamente la existencia de esta figura en su artículo 142, que textualmente establece:

" Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le conceda pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

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

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

Después de estudiar este capítulo denotamos que únicamente devienen como obligaciones para el franquiciante, la que consiste en contar con la marca materia de la franquicia debidamente registrada, proporcionar al franquiciatario conocimientos técnicos o asistencia técnica respecto del negocio y proporcionar al

franquiciatario información sobre la empresa, de manera previa a la celebración del convenio respectivo. Es necesario mencionar, que la ley habla de "convenio" que se tendrá que celebrar para constituir una franquicia pero, nosotros hablaremos de contrato, ya que es un convenio en "estricto sentido".

Es importante resaltar lo mencionado en el artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial, donde se refiere, como ya hemos mencionado anteriormente, a la obligación del franquiciante de dar a conocer la información necesaria a sus franquiciatarios antes de celebrar un contrato de franquicia y establece que dicha información será la prevista en el reglamento de la Ley.

En vista de lo anteriormente mencionado, el artículo 65 del Reglamento de Ley de Propiedad Industrial, establece que:

"Para los efectos del artículo 142 de la ley, el titular de la franquicia deberá proporcionar a los interesados previa celebración del convenio respectivo, por lo menos, la siguiente información técnica, económica y financiera":

I. Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;

II. Descripción de la franquicia;

III. Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia;

IV. Derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia;

V. Montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante;

VI. Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario;

VII. Definición de la zona territorial de operación que explote la franquicia;

VIII. Derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo;

IX. Obligaciones del franquiciatario respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante, y

X. En general, las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia."

En la actualidad, la ley de Propiedad Industrial (LPI) otorga al franquiciatario el derecho a tener por parte del franquiciante la información mínima necesaria

para poder conocer el negocio, antes de suscribir el contrato, sin que una oficina gubernamental este aprobando cada operación a realizarse, permitiendo asimismo, el ejercicio de la libertad contractual entre las partes, y así de esta manera determinando el contenido del contrato sin limitación o restricción legal alguna, como anteriormente se señalaba en la ya abrogada Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología.⁴

Por los motivos ya antes mencionados, los contratos de franquicia se vuelven más transparentes al estipularse la obligación simple de información para el franquiciatario, de tal modo que éste pueda conocer de manera más profunda el negocio franquiciado.

A pesar de lo anterior, resulta obvio que se hacen necesarias algunas disposiciones acerca del contrato de franquicia, es decir, la situación del mercado en su época actual, exige adecuaciones legislativas que deberán tender a fortalecer las franquicias como un formato de innegables beneficios a la economía del país.

2.3. Figuras afines:

2.3.1: Contrato de concesión administrativa.

⁴ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra, Op Cit. p. 31

El contrato de franquicia se asemeja al contrato de concesión administrativa. Esta figura tiene como elemento la existencia del vocablo concesión. Esta palabra viene del latín *concessio* que significa "acción de conceder".⁵

La concesión administrativa "es un acto por el que la Administración Pública Federal confiere a una persona una 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 que comprende la propiedad industrial".⁶

La franquicia se distingue de la concesión en que, ésta la otorga el Estado para explotar un servicio público o de bienes del propio Estado. La franquicia se otorga por medio de un contrato entre un particular a otro particular y es, básicamente, para la explotación de una empresa o negociación que involucra el uso de marca(s) y la transferencia de tecnología (conocimientos técnicos y asistencia técnica). La concesión como acto administrativo puede darla el Estado unilateralmente, no así la franquicia que es un contrato.⁷ En las dos figuras encontramos como semejanza el privilegio que se otorga al concesionario o al franquiciatario y el derecho para explotar cierta actividad bajo el control del franquiciante.

⁵ Arce Gargollo, Javier, Op Cit. P.35

⁶ Serra Rojas. Cit in. Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op Cit. p.35.

⁷ Cfr. Arce Gargollo, Javier. Op Cit. p..37

2.3.2. El contrato de concesión mercantil o de distribución.

Contrato de distribución "Es aquel por el que el distribuidor se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor en los términos y condiciones de reventa que este señale; también podrá imponerle obligaciones sobre la organización del negocio".⁸

También, se ha definido como el contrato "por el cual un empresario (concesionario) se compromete a vender en una zona y en unas determinadas condiciones los productos que compra a otro (concedente) y a prestar a los adquirentes de estos productos determinada asistencia".

Se distingue la franquicia del contrato de distribución en que este último el distribuidor adquiere productos para revenderlos, es un contrato traslativo de dominio típicamente comercial. El distribuidor no transforma, produce o modifica el producto que adquiere, tan solo lo revende. En la franquicia el derecho a revender el producto o a explotar el negocio supone la prestación de un servicio y la venta de productos que el franquiciatario muchas veces elabora o produce y posteriormente vende con el control de calidad que le especifica el franquiciante y mediante la utilización de tecnología y el uso de la marca del franquiciante. La

⁸ Cfr. Arce Gargollo, Javier Op Cit. p. 37.

distribución se parece a la franquicia en que en ambos se imponen condiciones y términos para la explotación de la empresa y en las obligaciones impuestas sobre la organización del negocio.⁹

2.3.3. Licencia de Marcas o Nombres Comerciales.

Respecto de la Licencia de Marcas o Nombres Comerciales, existe una alarmante confusión en relación con la misma y la franquicia, en donde dicha confusión nace de la concepción que resulta del hecho de haber vivido por años con Licencia de marcas en los negocios de nuestro país, por lo que es común que al referirse a una franquicia, se esté refiriendo a una franquicia de marcas.¹⁰ La Ley de Propiedad Industrial, en su artículo 136 define a la licencia de uso de marca, como a la letra dice:

"Artículo 136. El titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso de 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 ante terceros".

⁹ Cfr. Arce Gargollo, Javier. *Ibid.* p. 36.

¹⁰ Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo, *Op.Cit.* p. 36.

En sentido estricto la franquicia, como lo establece el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, uno de los objetos primordiales es la Licencia de marca: *"Existirá Franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos o se proporcione asistencia técnica....."*.

Los hermanos Enrique y Rodrigo Gonzáles Calvillo, consideran a la licencia de uso de marca uno de los elementos distintivos de la franquicia, señalando que:

"La franquicia es un sistema o método de negocios en donde una de las partes denominada franquiciante, le otorga a otra llamada franquiciatario, la licencia para el uso de su marca y / o nombre comercial, así como sus conocimientos y experiencias para la efectiva y consistente operación de un negocio.

En la franquicia encontramos que la licencia o concesión para el uso y explotación de un nombre comercial y / o marca no es mas que uno de los objetos del acuerdo. En efecto, encontramos que en la franquicia además de otorgarle la licencia para el uso y explotación no exclusiva de su marca o nombre comercial, el franquiciante le transmite al franquiciatario una gama de conocimientos y experiencias que le permite a este último

llevar acabo la operación eficaz del negocio franquiciado." ¹¹

Con fundamento en todo lo que anteriormente estudiamos respecto de la licencia de marca o nombre comercial, estamos de acuerdo, con los hermanos González Calvillo, en que la licencia de marca o nombre comercial, es nada mas uno de los objetos en el contrato de franquicia, ya que la licencia de marca o nombre comercial es uno de los dos factores base de la existencia de dicha figura.

¹¹ Cfr. *Ibid.* p. 44

CAPITULO III

ANÁLISIS CONTRACTUAL DE LA FRANQUICIA

3.1. Naturaleza Jurídica de la Franquicia.

Para poder estudiar la naturaleza jurídica de la franquicia, hace falta decir que, el hecho de que la Ley de la Propiedad Industrial contemple en su artículo 142 la figura de la franquicia, no la convierte en "típica" del Derecho Mexicano, en virtud de que la misma ley no contempla la relación jurídica entre el franquiciante y el franquiciatario respecto de su relación de derecho privado, los efectos que se producen de este negocio jurídico y las normas supletorias de la voluntad de las partes.⁴³ Una vez denotados los aspectos que no regula la citada ley, podemos decir, que en ningún momento el legislador en la Ley de Propiedad Industrial se preocupa por regular a la franquicia como un contrato, ya que nada más se limita a regularla desde un punto de vista administrativo y hace mención exclusivamente en su artículo 142 tercer párrafo: "*Quien conceda una*

⁴³ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra, Op Cit. p. 43

franquicia deberá proporcionar a quien se le pretende conceder, previamente a la celebración del convenio respectivo, la información..." al mencionar el término convenio está plasmando que la franquicia se tendrá que celebrar por medio de éste, si bien es cierto que la fracción X de Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial menciona que " *En general las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia*" aunque esta fracción menciona la palabra contrato no esta regulando a la franquicia como contrato.

En el ámbito patrimonial el derecho reconoce a las personas la facultad de obligarse por su propia voluntad en los términos que ésta determine, salvo ciertas limitaciones establecidas por la ley, con la finalidad de salvaguardar el interés público. En estas condiciones, dos o más personas pueden ponerse de acuerdo para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Y la realización de alguna de estas cuatro se llama convenio.⁴⁴ El artículo 1792 del Código Civil Federal da la siguiente definición:

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

⁴⁴Cfr. T. Azúa Reyes, Sergio. Teoría General de las Obligaciones. México. 3ª ed. Ed. Porrúa. México, 2000 P. 47.

Y el artículo 1793 del Código Civil Federal establece que:

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

La fracción x del Reglamento de la Ley de la propiedad Industrial menciona que: *"En general las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven de la celebración del contrato de franquicia"* menciona contrato, sin embargo no regula ala franquicia como tal, por lo que creemos necesario estudiar ala franquicia desde el tipo de convenio que se tiene que realizar y el convenio que se necesita celebrar en una franquicia se encuentra dentro de los lineamientos del contrato, por lo tanto para celebrar una franquicia tendremos que celebrar un "contrato de franquicia". En el desarrollo de está tesis demostraremos que la franquicia reviste las características de un contrato.

Como ya hemos mencionado, la franquicia no es una figura típica, es obvio que, como contrato tampoco.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, define la tipicidad de la siguiente manera.

Contrato:

"Es típico el que aparece regulado en el código o en otras leyes."⁴⁵

"Es atípico el que teniendo una denominación o no especial carece de una reglamentación particular y específica."⁴⁶

La reglamentación contenida en la Ley de Propiedad Industrial es de Derecho Administrativo y Registral, solo contempla la relación de las partes con la Administración Pública Federal (Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual), titular del registro de contratos de licencias de marcas.

Por lo tanto, concluimos, que la franquicia reviste las características de un contrato y que es "atípico", toda vez, que la ley no contempla la relación jurídica que existe entre franquiciante y franquiciatario.

⁴⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5º ed. Ed. Porrúa, México Puebla 1994. P.220.

⁴⁶ Ibidem.

3.1.1. Definición de Contrato.

Como resultado de la importancia que ha adquirido en la actualidad el contrato de franquicia en México, éste ha sido sujeto a varias definiciones conformadas por distintos elementos que analizaremos más adelante.

Para poder definir a la franquicia es necesario mencionar otra vez que el Código Civil Federal da la siguiente definición de contrato, que dice: Art.1793.

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

Respecto de la definición legal, es necesario mencionar lo puramente establecido en la Ley de Propiedad Industrial, que en su ya mencionado artículo 142 dice:

"Exitirá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le conceda pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad y prestigio e imagen de los productos a los que ésta distingue.

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

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

Arce Gargollo, define a la franquicia como:

"El contrato de Franquicia es 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 de conocimientos técnicos y el uso de marca(s) y nombre(s) comerciales, a cambio de una

contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación".⁴⁷

Alejandra Torres de la Rosa, define a la franquicia como:

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

Los licenciados González Calvillo definen al contrato de franquicia como:

"Un contrato, mercantil, bilateral, oneroso, y de tracto sucesivo, en virtud del cual el franquiciante le otorga al franquiciatario el derecho no exclusivo

⁴⁷ Arce Gargollo. Javier. Op Cit. p.34.

para usar su nombre o marca comercial, y le transfiere su tecnología para la operación del negocio. Por su parte el franquiciatario se obliga al pago de una regalía y al estricto apego de todos y cada uno de los estándares y requisitos impuestos por el franquiciante".⁴⁸

Después de analizar las definiciones antes citadas, consideramos que mencionar dentro de la definición características de la clasificación contractual es incorrecto, ya que es parte de un estudio sujeto a la libertad contractual que existe en esta figura, por lo que consideramos que no hace ni más ni menos completa la definición, y consideramos completa la siguiente definición que parte del artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, y es la siguiente: Contrato de franquicia, es aquel por medio del cual un sujeto llamado franquiciante le otorga a otro llamado franquiciatario la licencia de uso de marcas o nombres comerciales, para que pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme con los métodos operativos comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue, a cambio de esto el franquiciatario se obliga a pagarle un precio y a respetar cada una de las

⁴⁸ Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo, Op Cit. p. 75.

condiciones que le imponga el franquiciante para el correcto funcionamiento y guarda de los secretos industriales que tenga que conocer del negocio.

3.1.2. Clasificación del Contrato.

a) Mercantil:

Entre el derecho civil y el derecho mercantil respecto la materia de obligaciones y contratos no existe diferencia fundamental alguna entre unos y otros contratos. Nuestra legislación posee una dualidad, respecto de los contratos que la divide, en materia civil contractual y materia mercantil contractual, pero la materia mercantil siempre tendrá de fondo la materia civil respecto de las obligaciones y los contratos.⁴⁹

El contrato Mercantil es un acto de comercio por lo que constituye una categoría jurídica Formal, es necesario mencionar que el legislador atribuye la mercantilidad de los contratos a que recaen en cosas mercantiles y no a que son derivados de actos de comercio.⁵⁰

Entendemos por acto de comercio: todo acto que se realiza en masa con un aspecto preponderantemente

⁴⁹ Cfr. Cervantes Haumada, Raúl, Derecho Mercantil 1er Curso 3ª ed. Ed. Herrero. S.A. México, p.461.

⁵⁰ Cfr. Ibid. 462.

lucrativo. Pues se celebra entre comerciantes con la intención de especular de manera mercantil.

Entonces el contrato de franquicia es un contrato mercantil por que se celebra con la intención de lucrar con el resultado de este.

Es así, que, su mercantilidad deriva de lo establecido por el Código de Comercio en su artículo 75 fracciones I, II, V, VI, VII, y VIII, mismo que dice así:

"La ley reputa Actos de comercio:

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

II: Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;

V. Las empresas de abastecimientos y suministros;

VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;

VII. Las empresas de fabricas y manufacturas;"

b) Mixto:

Alejandra Torres de la Rosa dice que el contrato de franquicia es nominado, por que se encuentra contemplado por nuestra legislación⁵¹. Pero nosotros no estamos de acuerdo con ella, ya que, también dice que es atípico y de acuerdo con lo que dice el maestro Ernesto Gutiérrez y González: "Es atípico el que teniendo o no una denominación especial, carece de una reglamentación particular y específica."⁵² Coincide en su esencia con el contrato innominado. Decimos que es mixto de la clasificación que menciona Rafael de Pina, que dice: "En tercer termino se encuentran los contratos mixtos que son en parte nominados y en parte innominado."⁵³ El maestro Gutiérrez y González dice que: "Contrato nominado es aquel que esta regulado en el código o en otras leyes, y no como pudiera pensarse por la apariencia gramatical el que tiene nombre."⁵⁴ Partiendo de este concepto y de los ya antes mencionados concluimos que de acuerdo con el maestro Rafael de Pina el Contrato de franquicia es un contrato Mixto por que la figura de la franquicia esta contemplada por la Ley de Propiedad Industrial, por ese lado se puede decir que esta parcialmente nominada, por que se contempla. Y es innominado el contrato de franquicia, ya que la ley de la Propiedad Industrial contempla la franquicia y regula como ya lo hemos mencionado anterior mente solo aspectos administrativos,

⁵¹ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra, Op Cit. p 37.

⁵² Gutiérrez y González, Ernesto, Op Cit. p.220.

⁵³ de Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Vol. III. México, 5ª ed Ed. Porrúa. P. 307.

⁵⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, Op Cit. p 221.

mas no la relación jurídica entre las partes y menos regula a la franquicia como contrato.

c). Bilateral:

El contrato bilateral no hay que confundirlo con el contrato oneroso, ya que como ejemplo, tenemos al mutuo que hoy en día en nuestro derecho es un contrato gratuito y bilateral, aun y cuando pueda ser oneroso, en el caso que sea con interés, y al contrario sensu se puede decir que no todos los contratos gratuitos son unilaterales, por ejemplo la donación onerosa no deja de ser gratuita, sin embargo, impone obligaciones a las partes convirtiendo la donación en un contrato bilateral gratuito.⁵⁵

Para que el contrato sea bilateral o en un sentido estricto sinalagmático, es necesario que solo existan obligaciones derivadas del contrato o cargo de una y otra parte, sino que también es menester que las obligaciones sean recíprocas, lo que indica que debe de haber una estrecha independencia de las obligaciones a cargo de una y otra parte.⁵⁶

El maestro Ernesto Gutiérrez y González dice que: *"Contrato bilateral o sinalagmático es el que hace nacer obligaciones recíprocas para las partes en el que intervienen."*

⁵⁵ Sánchez Meda, Ramón. De los Contratos Civiles. México. 2ª ed. Ed. Porrúa, México 2001. p.114.

⁵⁶ Ibid. p. 115.

El contrato de franquicia produce efectos entre las dos partes contratantes, según lo establecido por el artículo 1836 del Código Civil Federal, que preceptúa: "*El contrato es bilateral cuando las partes se obligan reciprocamente*".

Después de estudiar los conceptos anteriores no cabe duda que el contrato de franquicia por su naturaleza reviste de las características de un contrato bilateral o sinalagmático perfecto.

d). Oneroso:

Planiol da el siguiente concepto de contrato onerosos: "*En el contrato oneroso cada uno de los contratantes promete algo, o da algo a cambio de otra promesa o de otra cosa que recibe*". Es decir existe una reciprocidad en cuanto a los provechos, en cuanto a las ventajas, y también en cuanto a las cargas o gravámenes.⁵⁷

Es necesario estudiar el artículo 1837 del Código Civil Federal, que dice:

El artículo 1837 del Código Civil Federal:

"Artículo 1837. Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito en el que el provecho es solamente de una de las partes."

⁵⁷ Francisco Lozano Noriega. Cuarto Curso de Derecho Civil "Contratos". Ed. Asociación Nacional del Notariado, A.C. México, 1987.

Después de analizar lo antes citado podemos asegurar que el contrato de franquicia por naturaleza es un contrato oneroso, ya que las obligaciones y cargas que se desprenda de este apuntan directamente a que siempre sean recíprocas, o sea de provecho de ambas partes, sin olvidar que podrá haber cargas con estipulación a terceros mismas que constituirán otra categoría diferente a que el contrato de franquicia pueda ser oneroso o no.

e). *Intuitu personae*: Esta clasificación corresponde al contrato que se celebra en atención a las buenas o malas calidades o cualidades de la persona.⁵⁸ Y en efecto en el contrato de franquicia la idea fundamental, es la de celebrar el contrato con un sujeto que le pueda otorgar la licencia de marca o nombre comercial etc. del negocio que le interese al franquiciatario y no cualquier negocio si no exclusivamente uno. Y por la otra parte el franquiciante celebrará el contrato de franquicia exclusivamente con la persona de la calidad que él crea conveniente para la celebración de la franquicia.

f) *Formal*:

Un contrato formal "es aquel para cuyo perfeccionamiento la ley exige determinada formalidad, mejor dicho, forma. Esa forma puede ser, por regla general, la adscrita.

⁵⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, Op Cit. . 234.

Dentro de la adscrita podemos distinguir entre un simple escrito privado y un instrumento público."⁵⁹

"Contrato formal es aquel donde la voluntad de las partes por exigencia de la ley, debe extenderse bajo cierta forma escrita que ella misma dispone. Si la forma existe el acto existirá, pero no podrá surtir la plenitud de sus efectos, en especial ante terceras personas."⁶⁰

De acuerdo con el artículo 136 de la ley de la Propiedad Industrial que dice:

"El titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca. La licencia deberá ser inscrita en el Instituto para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros".

De lo anterior concluimos, que el contrato de franquicia es por disposición legal, formal, aunque solo para que surta efectos ante terceros, principalmente con respecto a la licencia de uso de marcas o nombres comerciales.

g). De tracto sucesivo:

Tracto: Es el tiempo en que se realiza un contrato.

⁵⁹ Lozano Noriega, Francisco, Op Cit. p. 41.

⁶⁰ Gutiérrez y González Ernesto Op Cit. p.227.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González explica que, Contrato de tracto sucesivo es: "el que nace, y ya perfeccionado el acto, el contrato no concluye, sino que las partes se siguen haciendo prestaciones continuas o periódicas."⁶¹

En el contrato de franquicia una vez que ya esté celebrado, las partes tienen contraprestaciones a lo largo de la duración de éste, lo que lo convierte en un contrato de tracto sucesivo.

h) Principal:

El contrato principal es el que para su validez y cumplimiento le basta con su sola existencia y no requiere de un acto adlátere que lo refuerce, pero de existir este acto adlátere no implica menoscabo en la fuerza propia del acto principal.⁶²

El maestro Francisco Lozano Noriega dice que: "Contrato Principal es aquel tiene autonomía jurídica propia; es decir el que no depende de otro o de una obligación preexistente para existir."

El contrato de franquicia es principal ya que tiene su propia finalidad jurídica, debido a que tiene autonomía jurídica.

⁶¹ Gutiérrez y González Ernesto. Op Cit. p. 233.

⁶² Cfr. Ibid. p. 231

El contrato de franquicia no necesita de otro contrato para existir, pero si pueden desprenderse de éste muchos accesorios, por ejemplo un contrato de garantía para asegurar algún pago al franquiciante.

3.1.3. Elementos de Existencia y de Validez.

Ya definido el acto jurídico contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, tiene elementos de existencia estructurales o esenciales, y precisa además de ciertos requisitos para que - una vez nacido-, esté en aptitud de surtir la plenitud de sus efectos jurídicos.⁶³

El contrato de franquicia requiere de ciertos elementos que lo hacen valido y existente a la luz de la esencia jurídica, para que esté en aptitud de surtir en plenitud sus efectos y estos elementos son los llamados de existencia y de validez.

3.1.3.1. Elementos de Existencia.

En cuanto a los elementos del contrato el Código Civil Federal establece:

Art. 1794. *Para la Existencia del contrato se requiere;*

I. Consentimiento;

⁶³ Ernesto, Gutiérrez y González. Derecho de las Obligaciones. Ed. Porrúa, México. p.215

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

3.1.3.1.1. Consentimiento: El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades que produce efectos de Derecho y Obligaciones entre los contratantes, es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior.

Ahora bien, el consentimiento es un elemento de existencia del contrato. Esta compuesto, por dos o más voluntades, ya que si partimos de la definición de contrato, que es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, estamos frente a un elemento de existencia que indiscutiblemente esta constituido de dos o más voluntades.

Ahora, se *"debe asentar que esas dos voluntades al unirse generan el consentimiento, reciben el nombre de propuesta, oferta o policitud y la otra de aceptación."*⁶⁴

Luego entonces, el consentimiento esta integrado por dos partes que son: I. Policitud, Oferta o Propuesta. Y II. Aceptación; De esta manera podemos distinguir que el elemento de existencia del contrato "consentimiento" tiene a su vez dos elementos de existencia que son: I. La Policitud, Oferta o Propuesta y II. La Aceptación..

⁶⁴ Ernesto, Gutiérrez y González. Op Cit. . p. 246.

Para demostrar que la franquicia reviste las características de un contrato, respecto de su elemento de existencia, el consentimiento, se hace necesario estudiar el primer elemento de existencia del consentimiento, que es la policitud, para demostrar los efectos que tiene aun cuando no se haya dado la aceptación, perfeccionando así el consentimiento, seguido por el estudio del segundo elemento del consentimiento, que es la aceptación.

Para poder estudiar la policitud hace falta decir que en la parte histórica al referirnos que en Roma ésta era una promesa unilateral hecha a un municipio o al Estado. Al hablar de una promesa unilateral, el criterio del Maestro Gutiérrez y González, nos refiere en un sentido más moderno, ubicándolo a nuestro tiempo al referirse sobre la policitud, nos dice que es una promesa que no ha sido aceptada todavía.

Concepto de Policitud, Propuesta u Oferta: *"Es una declaración Unilateral de la voluntad, recepticia, expresa o tacita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, que enuncia los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir con esa voluntad."*⁶⁵

⁶⁵ Ernesto, Gutiérrez y González, Op Cit. p. 247.

"Que la oferta sea una declaración unilateral de la voluntad, quiere decir que existe como oferta, desde que se hace la proposición, de celebrar el contrato, hasta el instante previo en que es aceptada, es unilateral porque se hace solo de "un lado" mientras se complementa con la aceptación."⁶⁶

La policitud es recepticia, ya que si la declaración unilateral de la voluntad no la conoce el sujeto o sujetos a los que les es hecha ésta no surtirá sus efectos.

La policitud puede ser expresa o tácita, esto quiere decir, que la voluntad del policitante debe externarse de tal manera que el destinatario de la propuesta sepa de manera verbal o por escrito lo que se le propone o bien, por medio de signos indubitables.

El artículo 1803 del Código Civil Federal determina que:

" El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente.

I Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

⁶⁶ Sergio T. Azúa Reyes, Op Cit. p. 63.

II El tácito resultara de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos que por ley o por convenio de la voluntad deba manifestarse expresamente."

*"La policitud debe de ser hecha a persona presente, o no presente, ya que el policitante puede proponer la celebración de un contrato a una persona que se encuentre en su presencia o no, si es a persona no presente se realizará la policitud por los medios que sirvan para transmitir el pensamiento."*⁶⁷

*"La policitud deberá de contener las características esenciales del contrato que quiera celebrarse, no basta decir que la cosa que se vende tiene buen precio, sino que es necesario especificar las características de la cosa."*⁶⁸

Por último, la oferta como la policitud deben de ser manifestaciones serias.⁶⁹

Al comenzar a estudiar el consentimiento, mencionamos que era necesario estudiar cuidadosamente su primer elemento, la policitud, propuesta u oferta, ya que se hace necesario analizar los efectos que tiene, sin que se consume el consentimiento con la declaración unilateral de la aceptación, perfeccionando al consentimiento como acto bilateral que produce efectos de derecho.

⁶⁷ Ernesto, Gutiérrez y González, Op Cit. p.251.

⁶⁸ Sergio T. Azúa Reyes., Op Cit. p. 65.

⁶⁹ Fcr. Sergio T. Azúa Reyes Op Cit. p. 65.

Para poder analizar la policitud, propuesta u oferta, es necesario que nos declinemos a estudiar, la Declaración Unilateral de la Voluntad, que compone a la policitud, ya que tiene ciertos efectos de derecho, aunque no se haya complementado el consentimiento, con su segundo elemento, la aceptación.

Para poder estudiar los efectos de la declaración Unilateral de la Voluntad, contenida en la policitud, propuesta u oferta, se hace necesario mencionar las diferencias entre: Acto Precontractual, Propuesta, Oferta o Policitud y Precontrato o Contrato de Promesa.

Acto Precontractual: "Son las pláticas o conductas previas a la celebración de un contrato, pero sin que esos actos precontractuales impliquen una oferta o propuesta o policitud."⁷⁰

Precontrato o Contrato de Promesa: Como su nombre lo indica "es un contrato, por medio del cual se hace una propuesta y una aceptación."⁷¹

El artículo 2243 del Código Civil Federal, dice que:

⁷⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. Op Cit.. p.206.

⁷¹ Ibidem

"Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro."

Propuesta, oferta y policitud: Ya hemos mencionado su concepto, además de haberlo estudiado, lo importante es que implica una declaración unilateral de la voluntad, que produce efectos jurídicos autónomos y vinculantes.⁷²

Una vez diferenciadas estas tres figuras jurídicas, para poder estudiar, el efecto que produce la declaración unilateral de la voluntad, contenida en la policitud, es necesario estudiar la declaración unilateral de la voluntad.

El Maestro Ernesto Gutiérrez y González define la Policitud como: *"La exteriorización de la voluntad sancionada por la ley: A-que implica para su autor la necesidad jurídica de conservar la aptitud jurídica de cumplir, voluntariamente, una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral, a favor de una persona que eventualmente puede llegar a existir, o si ya existe aceptar la prestación ofrecida; o B.--- Con la cual hace nacer a favor de una persona determinada, un derecho, sin necesidad de que ésta se acepte; o finalmente, C.--- Con la cual extingue para sí, un derecho ya creado a su favor."*⁷³

⁷² Fcr. Gutiérrez y González, Op Cit. p.206

⁷³ Ibidem.

Después de citar la definición anterior, es necesario explicar, que existe una gran controversia, respecto de los criterios acerca de, la Declaración Unilateral de la Voluntad, como fuente de las obligaciones; nuestro derecho respecto de esta corriente se ha inspirado directamente en el Código Alemán, que en su artículo 305 dispone que por acto jurídico sólo pueden crearse obligaciones mediante contrato, excepto cuando la ley disponga otra cosa. Es decir, el principal acto jurídico es el contrato. Solo cuando la ley admita expresamente como fuente a la declaración de la voluntad, en una norma especial, entonces podrá crear obligaciones.⁷⁴

Valverde afirma, que no todas las declaraciones Unilaterales de la Voluntad deben ser declaradas obligatorias sino solamente aquellas que, como menciona Gény, parezcan indispensables para alcanzar un resultado socialmente deseable e imposible obtener prácticamente de otro modo, cuando además, no sean susceptibles de engendrar una incertidumbre de propiedad, por demasiado perjudiciales al crédito.⁷⁵

Nuestro derecho, del mismo modo que el derecho alemán, limita a la Declaración Unilateral de la Voluntad, como fuente de las obligaciones, reduciéndola a los casos que señala el Código Civil Federal en sus artículos: 1860 al 1881. Y especialmente en sus artículos:

⁷⁴ Fcr. Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, "Teoría General de la Obligaciones" Vol I 4a ed. Ed. Porrúa. p. 204.

⁷⁵ Fcr. Valverde, Tratado de Derecho Civil Español. T. III. Pag. 235. Cit in. de Pina Rafael Op Cit.

Artículo 1860 El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.

Artículo 1861: "El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido."

C) La apertura de concursos en que haya promesa de recompensa para quienes llenaren ciertas condiciones, con fijación de plazo.

D) La estipulación contractual en favor de tercero.

Después de señalar los casos que la ley encierra como Declaraciones Unilaterales que producen obligaciones, además del testamento, podemos decir, que la declaración unilateral contenida en la policitud, no produce efectos obligacionales, siempre y cuando no recaiga en los supuestos anteriores, contenidos en los artículos 1860 al 1881 del Código Civil.

La justificación al estudio que realizamos, respecto de la declaración unilateral de la voluntad contenida en la policitud, es que usualmente, para el caso de celebrar contratos de franquicia, los sujetos interesados en vender franquicias de sus negocios, por medio de una Declaración Unilateral de la Voluntad, en la modalidad de

oferta al público, ofrecen al público en general la venta de franquicias de su negocio como es el caso de McDonalds; Lo importante de esta parte del trabajo de tesis, respecto del estudio hecho a la Declaración Unilateral de la Voluntad, es diferenciar que la franquicia reviste las características de un Contrato, pero que se puede celebrar una Declaración Unilateral de la Voluntad en su modalidad de oferta, para ofertar la celebración de un contrato de franquicia, que el resultado jurídico de la Declaración Unilateral de la Voluntad en su modalidad de Oferta al Público es que el que realice esta Declaración Unilateral de la Voluntad ofertando la realización del Contrato de Franquicia se verá obligado a celebrarlo con la persona que cumpla con el pago de lo ofertado, sin embargo, el acto unilateral fuente de las obligaciones que es la Declaración Unilateral de la Voluntad da nacimiento a la obligación de celebrar un Contrato de Franquicia, siendo autónoma respecto del Contrato de Franquicia, con relación a su independencia como fuente generadora de obligaciones.

Por último, para concluir con esta parte del estudio de trabajo de tesis, creo necesario reiterar que aunque la Declaración Unilateral de la Voluntad en su modalidad de Oferta al Público sea fuente legal para adquirir unilateralmente la obligación de celebrar el Contrato de Franquicia por parte del futuro franquiciante, la franquicia reviste las características de un contrato y,

como ya lo hemos mencionado, es un contrato principal e independiente como fuente generadora de obligaciones respecto de la Declaración Unilateral de la Voluntad.

Segundo elemento de existencia del consentimiento la Aceptación.

La aceptación es: *"Una Declaración Unilateral de la Voluntad, expresa o tácita; hecha a persona presente o no presente; hecha a persona determinada o indeterminada; expresa una adhesión lisa y llana a la propuesta, reduciéndose a un sí; sería."*⁷⁶

La oferta como la aceptación son manifestaciones de la voluntad serias y hechas con la intención de cumplir las obligaciones que de ella emanan.

Respecto de la aceptación, en realización con el contrato motivo de este estudio que es la franquicia podemos decir, que la aceptación deberá ser de manera expresa y no tácita, debido a la materia del contrato "mercantil" y tendrá que ser también por escrito para su registro, como lo dice el ya citado artículo 142 de la Ley Propiedad Industrial establece que el contrato deberá ser registrado conforme al artículo 136 de la misma ley.

3.1.3.1.2. Objeto.

⁷⁶ Sergio T, Azúa Reyes, Op Cit. p. 63.

Segundo elemento de existencia, el Objeto:

Colín y Capitant respecto del objeto han escrito:

"Hablando con propiedad, un contrato no tiene objeto. En efecto, el contrato tiene un acto jurídico que produce el efecto de crear obligaciones, ya a cargo de dos partes, ya a cargo de una de ellas. Son estas obligaciones las que tienen un objeto, el que puede consistir, en una cosa material, en un hecho, en una abstención."

Para Castañan Tobeñas " *El Objeto inmediato del Contrato es en realidad la obligación que por él se constituye*".

De acuerdo con el artículo 1794, "El contrato requiere de un objeto que pueda ser materia de él, para que pueda existir"

*"El objeto en el contrato es la cosa que se debe entregar o el hecho que se debe realizar u omitir."*⁷⁷

*"El objeto del contrato tiene tres significados en relación con el contrato que son: Objeto directo del contrato, objeto indirecto del contrato y la cosa física."*⁷⁸

a) El objeto directo, consistirá en la función del contrato que es la de crear y transferir derechos y obligaciones tal y como lo es la esencia del contrato.

⁷⁷ T. Azúa Reyes, Sergio Op Cit. p. 64.

⁷⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, Op Cit. p. 273.

b) El objeto indirecto del contrato, será el directo de la obligación, un dar, hacer o no hacer, tal y como lo establece el artículo 1824 del Código Civil Federal, que establece:

"Son objeto de los contratos:

I. La cosa que el obligado deba dar;

II. El hecho que el obligado deba hacer o no hacer."

Y para el caso del contrato motivo de este estudio analizaremos el objeto aplicado a éste:

Dar: En el contrato es, la obligación de un individuo a dar una cosa y el Código Civil Federal en su artículo 1825 señala:

"La cosa, objeto del contrato debe: 1°. Existir en la naturaleza. 2°. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3°. Estar en el comercio."

En el contrato de franquicia, así como en cualquier otro contrato es posible cumplir con las tres reglas del objeto antes citadas.

Hacer: En el contrato es la obligación de un individuo a realizar una determinada conducta o hacer que un hecho sea posible, el artículo 1827 del Código Civil Federal expone:

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible;

II. Lícito."

No hacer: Es no hacer determinada conducta o abstenerse de hacer alguna.

Respecto de las conductas en que puede consistir el objeto, que es el Dar, Hacer y No Hacer, aplicadas en el contrato de franquicia, es claro que éste reviste las características de un contrato, ya que, los tres modos del objeto los encontramos en el contrato de franquicia. De manera sencilla, podemos señalar algunos casos como es el de "Dar" que puede ser el pago a cargo del franquiciatario o bien, el dar cierto producto al franquiciatario como obligación del franquiciante; al referirnos al "hacer", sería la conducta del franquiciante de otorgarle al franquiciatario la licencia de uso de marcas o nombre comercial y bien, en el caso del franquiciante la obligación de capacitar a su personal en cierta forma y modo; Respecto del " **No hacer**", ejemplo es, la obligación en algunos casos del franquiciante, de no vender otros productos que no sean del negocio franquiciado o bien, del franquiciante de no otorgar otras franquicias del mismo negocio en un determinado territorio.

3.1.3.2. Elementos de Validez.

De conformidad con el artículo 1795 del Código Civil Federal que indica:

"El contrato puede ser invalidado:

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

II.- Por vicios del consentimiento;

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

IV.- Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

Interpretando a contrario sensu, los contratos requieren de cuatro elementos para ser considerados válidos:

- a) Capacidad de las partes;
- b) Ausencia de vicios en el consentimiento o voluntad,
- c) Licitud en el objeto, motivo o fin; y
- d) Formalidad que exige la ley.

3.1.3.2.1. Capacidad de las partes.

Uno de los elementos para que el contrato sea perfectamente válido es que el contrato deberá estar sujeto a que las partes tengan capacidad jurídica.

Capacidad Jurídica: El Maestro Gutiérrez y González dice que es: "*La aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes y hacerlos valer.*"

Nosotros damos la siguiente definición: La aptitud que el derecho le otorga a una persona para adquirir derechos y obligaciones, así como la facultad de ejercitarlos.

De esta definición se desprenden dos tipos de capacidad, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

El Maestro Gutiérrez y González, menciona que, la capacidad de goce es: "*La aptitud jurídica de ser sujeto de derechos y deberes.*"

Nosotros damos la siguiente definición: Capacidad de goce es, la aptitud que le reconoce el derecho a una persona de ser titular de derechos y obligaciones.

Respecto de la capacidad de ejercicio el Maestro Gutiérrez Y González apunta que es: "*La aptitud jurídica de ejercer o para hacer valer los derechos que se tengan, y para asumir por si mismo los derechos que se tengan*"

Nosotros damos la siguiente definición de capacidad de ejercicio: Es la facultad que da el derecho a una persona

de poder reclamar sus derechos, así como de poder cumplir sus obligaciones por sí misma.

Para la correcta celebración del contrato de franquicia, debido a su naturaleza mercantil, las partes requieren de capacidad legal para ejercer actos de comercio, en términos del artículo 5 del Código de Comercio, que expresa:

"Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas las leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio tienen capacidad legal para ejercerlo".

Es así, que aquellas personas no incluidas dentro de algunos de los supuestos del artículo 450 del Código Civil Federal, es decir, que tengan incapacidad legal y que no se encuentren comprendidas dentro de algunas prohibiciones para ejercer el comercio de conformidad con el artículo 12 del Código de Comercio, Como lo son los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados, y los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho, y la concusión tienen capacidad legal para contratar y obligarse en los términos del contrato respectivo.

Cabe señalar, que para la celebración del contrato de franquicia es necesario que las partes cuenten con la

capacidad de goce necesaria para contratar, ésto es, cuando una persona puede por sí sola o por medio de un representante ser parte en determinado contrato, por ejemplo, debe el franquiciante en este contrato en particular ser el titular de las marcas, nombres y patentes que se vayan a licenciar o por lo menos contar con las facultades necesarias para otorgar la licencia correspondiente.⁷⁹

3.2.3.2.2. Ausencia de Vicios en el Consentimiento o Voluntad.

Para que exista un contrato se necesitan dos elementos a saber: Consentimiento y Objeto que pueda ser materia de él. "En los actos jurídicos que son contratos, no se puede hablar de consentimiento sino de voluntad."⁸⁰

Aún cuando exista consentimiento en el contrato de franquicia, el mismo puede ser deficiente por un vicio que afecte al consentimiento o a la libertad, el artículo 1812 del Código Civil Federal expresa que:

"El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

Diversos autores sostienen que los vicios que pueden existir en el consentimiento son los siguientes.

⁷⁹ Fcr. Sánchez Meda, Ramón, Op Cit. p. 45.

⁸⁰ T Azúa Reyes, Sergio. Op Cit. p. 87.

I.- Error.

II.- Dolo y mala fe.

III.- Violencia.

IV.- Lesión.

I.- Error:

El error lo contempla el artículo 1812 del Código Civil Federal, que indica:

"El consentimiento no es válido si se ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

El error es la falsa concepción de la realidad o bien, como lo dice Azúa Reyes, que es la discordancia de la verdad con lo pensado.

El artículo 1813 del Código Civil Federal, expone:

"El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivo y no por otra causa.

*"El Error de derecho es aquel que se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal, o sobre su interpretación, eso es respecto de una regla jurídica aplicable el contrato."*⁸¹

Un claro ejemplo sobre el Error de derecho es: Cuando en un contrato de franquicia, que se celebra entre empresas, y el representante franquiciante cree tener las facultades respecto del poder, por medio del cual ejerce la representación y no tiene las facultades para poder otorgar la licencia de marcas respectiva en el contrato de franquicia y se celebra el negocio con el franquiciante. En este ejemplo, se tiene un error de derecho, ya que, el error de derecho se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal o sobre su interpretación, esto es, respecto de una norma jurídica aplicable al contrato.⁸² El error de derecho radica en que el franquiciante y el franquiciatario tuvieron una falsa concepción respecto de las facultades que le otorgaba el poder del representante franquiciante al mismo.

"El Error de hecho es el que se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia acerca del objeto material del contrato, en realidad el error de hecho es

⁸¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Op Cit. p.337.

⁸² Fcr. Ibidem.

el que se tiene o tienen las partes respecto de la identidad del objeto."⁸³

Un claro ejemplo del Error de hecho, en un contrato de franquicia es: Cuando en un contrato de franquicia de negocio de hamburguesas, el franquiciante se obliga a surtir de pan al franquiciatario y el franquiciatario piensa que es un pan largo y con ajonjolí y el franquiciante tiene el concepto de un pan redondo sin ajonjolí, luego entonces, el error de hecho encontrado en el ejemplo anterior es que entre el franquiciante y el franquiciatario haya una falsa concepción de lo que es el pan, objeto que motivó el acto.

El artículo 1814 del Código Civil Federal señala:

"El error de cálculo solo da lugar a que se rectifique."

El error de cálculo, es aquel en el que aunque se haya incurrido en el contrato no importa dado que de igual forma se hubiera realizado, además el artículo 1813 del Código Civil Federal establece que, como ya lo hemos mencionado, sólo da lugar a que se rectifique.

II.- Dolo y mala fe.

En los casos antes citados de error, hablamos de un error fortuito en donde las partes no saben que su voluntad

⁸³ Gutiérrez y González, Ernesto, Op Cit. p. 330.

está viciada por error, pero también existe el error provocado y a diferencia del fortuito, éste es impulsado por el dolo o la mala fe de una de las partes o de las dos en donde el error es provocado.

El artículo 1815 del Código Civil Federal apunta:

"Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Es necesario precisar los conceptos de Dolo y Mala fe, y del artículo anterior entendemos que:

Dolo en el contrato: *"es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o a mantener en él a alguno de los contratantes. Es decir, el dolo requiere de una actividad maliciosa para obtener un beneficio del error en que tal vez incurra la otra parte."*⁸⁴

Mala fe en el contrato es: *"La disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido. La mala fe implica una actividad pasiva pero igualmente mal*

⁸⁴ Azúa Reyes, Sergio T. Op Cit. p. 93.

intencionada; una parte se calla el error que ha advertido en la otra para sacar algún provecho."⁸⁵

Del artículo anterior, se desprende, que existen dos tipos de error provocados por dolo o mala fe, el provocado y el mantenido.

Dolo provocado, es la conducta de una de las partes que tiene por objeto inducir en el error a la otra parte.

Un ejemplo muy claro del dolo provocado en la franquicia sería: tomando en cuenta el ejemplo anterior, que el franquiciante se obliga a proveer al franquiciatario de 100 panes de forma redonda con ajonjolí y de 20gr. de peso cada uno, de fecha de elaboración "X" y el franquiciante en una conducta dolosa, en la caja donde tienen que empacar el pan incluye pan de elaboración de dos días anteriores al día "X" y pega una etiqueta que certifica el día de elaboración acordado, provocando así un error, un error provocado.

Dolo mantenido, es la conducta de una de las partes, que aparece cuando el sujeto se percata en un error en el contrato que le afecta a la otra parte y aunque no haya sido provocado por éste, y en conducta dolosa sigue manteniendo el error. Este tipo de dolo es mantenido por mala fe, que como ya estudiamos en el artículo 1815, es la disimulación del error de uno de los contratantes.

⁸⁵ Azúa Reyes, Sergio T, Op Cit. p. 93.

III.- La Violencia.

Algunos autores, señalan como vicio del consentimiento frente al dolo y la mala fe a la violencia.

El artículo 1819 del Código Civil Federal señala:

"Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

Del transcrito artículo se desprende que hay dos modos de ejercer la violencia: 1.- Sobre la persona, la vida, la honra, la libertad, salud o bienes del contratante, y, 2.- Sobre esos mismos valores pero de otras personas, es decir, del cónyuge, ascendientes, descendientes, o hermanos del contratante.⁸⁶ Podemos también, del mismo artículo diferenciar que existe violencia en los dos supuestos anteriores, pero de dos clases diferentes como lo son la violencia física y la violencia moral, si atendemos a la primera parte del 1819 del Código Civil Federal que comenta:

⁸⁶ Fcr. T Azúa Reyes, Sergio. Op Cit. p. 96.

"Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

Del precepto antes transcrito confirmamos, que la violencia puede ser física o moral por medio de amenazas.

El Contrato de franquicia puede estar viciado de violencia física o moral que viciara en todo momento el consentimiento provocando nulidad del contrato, teniendo la víctima de esta violencia el derecho a exigir la nulidad de este contrato con fundamento en el artículo 1818 del Código Civil Federal.

Artículo 1818 del Código Civil Federal.

"Es nulo el contrato celebrado por violencia ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato."

IV.- La lesión.

"La "igualdad" como principio general de derecho llevada al ámbito de los contratos conmutativos se manifiesta como principio de equivalencia de las prestaciones. Por su puesto que una equivalencia exacta resulta imposible,

pues si pretendiéramos eso, sencillamente acabaríamos con el comercio, pero sí podemos decir que entre los contratantes debe guardarse cierto equilibrio."⁸⁷

*Lesión: "Es el vicio de la voluntad de una de las partes en un contrato bilateral oneroso, originado en su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria."*⁸⁸

Este vicio de la voluntad debe de producir el efecto de que la otra parte obtenga un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que ella por su parte se obliga, pues si el contrato se llegara a otorgar bajo ese estado de inexperiencia, extrema necesidad, o suma miseria, pero no se encuentra desproporcionado en las prestaciones no se dará la lesión.⁸⁹

El artículo 17 del Código Civil Federal regula este caso y al respecto, manifiesta que:

"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga, El perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios."

⁸⁷ T Azúa Reyes, Sergio. Op Cit. p 99.

⁸⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, Op Cit. p.368.

⁸⁹ Fcr. Gutiérrez y González, Ernesto, Op Cit. p.369.

Del texto transcrito se desprende, que la lesión solamente se dará si concurren dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo consiste en la situación de ignorancia, inexperiencia o necesidad del perjudicado de recibir mucho menos de lo que le corresponde o dar u ofrecer mucho más de lo justo. El precepto habla de "suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria", desde luego que sobran calificativos pues basta que haya ignorancia o inexperiencia para el que la padezca tenga una voluntad tan viciada como el que se encuentra en "error".⁹⁰

Al explicar que la franquicia reviste las características de un contrato mercantil, explicábamos que en nuestro derecho existe una dualidad respecto de los contratos, que los clasifica en contratos civiles y los contratos mercantiles, éstos últimos son generados por actos de Comercio.

El Código Mercantil, no considera a la lesión como acto vicioso de la voluntad,⁹¹ en donde el artículo 385 del Código de Comercio determina que:

"Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión..."

⁹⁰ Fcr. Azúa Reyes, Sergio T. Op Cit. p. 99-100.

⁹¹ Fcr. Gitiérrez y González, Ernesto. Op Cit. p. 375.

En este caso, la norma habla de rescisión, pero indebidamente lo usa como sinónimo de nulidad.⁹² Es por ésto, que el contrato de franquicia, como todo contrato puede estar viciado por error, violencia, mala fe, o dolo, sin embargo, al ser éste un contrato mercantil las partes no pueden argumentar lesión como vicio de la voluntad, toda vez, que los actos jurídicos de los comerciantes son regulados, por la Ley en la materia, es decir, el Código de Comercio y consecuentemente se consideran como peritos en la materia.⁹³

3.1.3.2.3. Licitud en el Objeto Motivo o Fin.

Así como es necesario, en el contrato de franquicia como en otros contratos, que las partes sean capaces y que no haya vicios en el consentimiento también lo es que el objeto o fin o motivo materia del contrato sea lícito.

Para eso se hace necesario que se estudie el artículo 1795, fracción III del Código Civil Federal, que señala:

"El contrato puede ser invalidado:

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

⁹²Ibidem..

⁹³Fcr. Torres de la Rosa, Alejandra, Op Cit. p.47.

Es necesario estudiar el objeto en el contrato respecto si es lícito o no por separado del estudio de la licitud del motivo o fin.

Objeto lícito.

El objeto como lo dice el artículo 1824 del Código Civil Federal es la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado deba hacer o no hacer.

También, el artículo 1825 del Código Civil menciona que cuando se trata de la prestación de una cosa, la misma deberá de existir en la naturaleza, ser determinada o determinable, y esté en el comercio.

Un ejemplo de franquicia donde el objeto es lícito es: Cuando en una franquicia de producto y marca de chicles extranjera celebrada en México, en donde el franquiciante se obliga a proveer de chicles al franquiciatario para que éste los empaquete y distribuya, y uno de los ingredientes de los chicles contiene una sustancia prohibida por el gobierno mexicano, aquí nos encontramos con un objeto que contiene sustancias ilícitas, por lo cual el objeto del contrato es ilícito.

El hecho lícito.

Cuando el hecho en un contrato conste de un hacer el artículo 1827 del Código Civil Federal establece que el hecho ya sea positivo o negativo debe ser posible.

El artículo 1830 del Código Civil Federal que apunta:

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"

Y el 1831 del Código Civil Federal:

"El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres."

En el contrato de franquicia, el hecho deberá, además de ser lícito, posible y como ejemplo en el contrato de franquicia podemos mencionar el siguiente, si en un Contrato de franquicia de hamburguesas se estipula que el franquiciante deberá de prohibirles a las mujeres que trabajen en su establecimiento que se embaracen porque en el país de donde procede esta franquicia así es. En el ejemplo anterior el hacer posible una conducta de tal naturaleza va contra la ley, convirtiendo este hecho en ilícito, ya que, viola el artículo 4° constitucional, además de la Ley Federal del Trabajo.

3.1.3.2.4. Forma.

Hemos mencionado que el contrato de acuerdo con los artículos 1792 y 1793, es " el acuerdo de dos o más personas para crear y transferir derechos y

obligaciones". La simple intención de vender, dar en arrendamiento, etcétera, no es suficiente para que se forme el contrato, a pesar de que exista alguien con la intención de comprar o tomar en arrendamiento en los términos y condiciones deseados por el que quiere vender, arrendar o realizar una franquicia.⁹⁴

Para que la voluntad de las partes pueda engendrar una relación contractual no basta que por una parte o por otra exista un acto cualquiera de violación interna; es necesario además que la voluntad tenga como finalidad inmediata un resultado jurídico de índole obligatoria y que se traduzca en una manifestación externa suficiente.⁹⁵

Por tratarse en el contrato de franquicia de un contrato mercantil es necesario mencionar que el Código de Comercio en su Artículo 78 menciona:

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

El contrato de franquicia es formal en cuanto a que requiere constar por escrito para ser registrado en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial de conformidad con la LPI, pero el contrato de franquicia es

⁹⁴ Fcr. T, Azúa Reyes Sergio. Op Cit. p.116.

⁹⁵ MARCEL Planiol y J. Ripert. Cit in. T, Azúa Reyes, Sergio. Op Cit. p.116.

consensual, ya que, fuera del ámbito administrativo debido a que es un contrato atípico la ley no señala ningún requisito para la validez del contrato entre las partes.⁹⁶

3.2. Elementos Personales.

En el contrato de franquicia existen varios nombres para designar las partes, en el caso de sujeto activo algunos le denominan como "titular de la marca", "proveedor", "concedente", "licenciante", entre otros, algunos consideran que es más correcto llamarle "franquiciante" al sujeto pasivo de este contrato algunos le llaman "persona a quien se le concede", "adquirente", "concesionario" o "licenciatarario". Pero de igual manera nosotros preferimos llamarle "franquiciatarario".

El franquiciante y el franquiciatarario generalmente son comerciantes, ya sea porque estén constituidos como sociedades mercantiles o bien, sean personas físicas dedicadas a actos de comercio, de conformidad con el Código de Comercio Art. 75, o por el simple hecho de ser considerados como comerciantes en virtud de la celebración del contrato de franquicia correspondiente, toda vez, que el objeto de éste es el uso de la licencia de marcas y nombres comerciales, así como la

⁹⁶ Fcr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. P.47- 48.

transferencia de tecnología para explotar un negocio o empresa de productos o servicios o crear distribuidores para la venta de productos.⁹⁷

Respecto de la capacidad que requieren las partes para la celebración de este contrato, es la capacidad general para contratar, solamente en el caso de las personas morales es necesario que los contratantes tengan poder legal suficiente para celebrar el contrato de franquicia, las facultades que requiere el representante son las que le da el mandato para actos de administración de bienes, que establece el artículo 2554, tercer párrafo del Código Civil Federal:

"En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para ejercer toda clase de gestiones, a fin de defenderlos."

3.3. Elementos Reales.

Los elementos reales que constituyen el contrato de franquicia son:

a) La Marca.

⁹⁷Fcr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p. 36-37.

- b) Las patentes.
- c) La tecnología.
- d) La contraprestación.
- e) La exclusividad.

a) Marca: *"Un comerciante podrá distinguir los objetos que produce o que vende poniendo en ellos su nombre, el del establecimiento o una leyenda explicativa."*⁹⁸

*"La marca es la señal externa que es usada por el comerciante, para distinguir los productos por él elaborados, vendidos o por él distribuidos, de manera que el adquirente pueda cerciorarse de su procedencia y el comerciante quede a salvo de los efectos de la competencia desleal que le hicieren los que pretendiesen usar el prestigio y la solvencia de aquel para utilizar productos inferiores o no acreditarlos."*⁹⁹

La marca la define el artículo 88 de la Ley de Propiedad Industrial, que a la letra establece:

"Se entiende por marca todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado."

⁹⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Derecho Mercantil Tomo I. 8ª ed. México, Ed. Porrúa. p. 426.

⁹⁹ *Ibidem*.

Una vez comprendida y definida la marca puede relacionarse con el contrato de franquicia del cual es producto de este estudio.

La definición de la franquicia que se establece en el artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial, destaca como elemento esencial de la misma a la marca, distinguiéndola de otras figuras, al diferenciar que con la concesión de la licencia de usos y marcas se pueda producir o vender bienes o prestar servicios.

La marca no es el único elemento de la franquicia pero sí el esencial, ya que, si no hay licencia de uso de marca o nombre comercial podemos decir que no hay franquicia.

El derecho exclusivo para poder explotar una marca se deriva de su registro, cuya solicitud deberá ser presentada por escrito ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, que deberá contener los siguientes datos, según el artículo 113 de la Ley de Propiedad Industrial:

I.- Nombre, nacionalidad y domicilio del solicitante;

II.- El signo distintivo de la marca, mencionando si es nominativo, innominado, tridimensional o mixto;

III.- La fecha del primer uso de la marca, la que no podrá ser modificada ulteriormente, o la mención de que

no se ha usado. A falta de indicación, se presumirá que no se ha usado la marca.

IV.- Los productos o servicios a los que se aplicará la marca (sic; y

V.- Los demás que provengan del reglamento de esta ley.

En nuestro país existe la posibilidad de poder transmitir los derechos de una marca con la simple cesión de derechos y registrar el contrato ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, con el objeto de producir efectos en perjuicio de terceros (artículo 143 de la Ley de Propiedad Industrial).

La marca puede ser utilizada por su titular, así como por todos aquellos sujetos a los que éste les conceda una licencia de uso mediante un contrato, mismo que deberá ser registrado en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, para que tenga efectos en perjuicio de terceros.

Si no se utiliza una marca durante tres años consecutivos, en los productos y servicios para los que fue registrada, procederá la caducidad del registro, habrá excepción a esta regla cuando el titular la hubiese utilizado durante los tres años consecutivos inmediatos anteriores a la presentación de la solicitud de declaración administrativa de caducidad, o que existan circunstancias surgidas independientemente del titular de

la marca que constituyan un obstáculo para el uso de la misma, tales como restricciones a la importación u otros requisitos gubernamentales aplicables a los bienes o servicios a los que se aplique la marca (artículo 130 de la Ley de Propiedad Industrial).

Es necesario hacer mención que el artículo 93 de la Ley de Propiedad Industrial, clasifica a las marcas en: marcas de productos y marcas de servicios, ambos tipos se clasifican a su vez en clases que atienden al producto o servicio que protegen; por lo tanto, los contratos de franquicia deberán incluir las marcas que serán materia de autorización por parte del franquiciante y deberá especificar¹⁰⁰:

I.- El número de registro de la marca.

II.- El signo distintivo que constituye la marca (dibujos y diseños de marca), y

III.- Los productos y servicios que ampara.

b) Las Patentes:

"El autor de una invención tiene derechos sobre ésta y a su explotación exclusiva por sí o por otros que obtengan su permiso. Este derecho depende de que se reconozca al inventor su calidad de tal, lo que se hace por la

¹⁰⁰Fcr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p. 51.

obtención de una patente de invención."¹⁰¹
La ley de Propiedad Industrial regula ampliamente las patentes; establece en sus artículos 62 y 63 que el derecho de explotación exclusivo lo podrá hacer su titular por sí o por otros con su permiso.

Para efectos de la franquicia, la patente no es necesariamente objeto del contrato, sino únicamente se otorgará en aquellos casos en que el franquiciante tenga el proceso de fabricación o manufactura del producto correspondiente y tenga que ser protegido por la patente o patentes para dicha función.¹⁰²

Cuando en un contrato de franquicia se autoriza la explotación de patentes, al igual que con las marcas, será necesario incluir en el contrato:

I.- El número de la patente,

II.- Fecha de expiración, y

III.- Los inventos, productos o procesos que ampara.

c) Tecnología: La tecnología 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.¹⁰³

¹⁰¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op Cit. P. 433.

¹⁰² Ibid. p. 434

¹⁰³ Díaz Bravo, Arturo. Contratos Mercantiles. 4ª ed. . Ed. Harla. México. p. 199

La tecnología corresponde a uno de los elementos más importantes del contrato de franquicia, ya que:

El artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial establece, que habrá franquicia cuando el franquiciante transmita o proporcione elementos técnicos al franquiciatario. Es así, que al estar frente a la llamada transferencia de tecnología además de incluir elementos como la patente, se transmiten otros elementos como:

I.-Diseños Industriales: A los que define la Ley de Propiedad Industrial como:

"Art. 32. Los diseños industriales comprenden a:

I.- Los dibujos industriales, que son toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial con fines de ornamentación y que le den un aspecto peculiar y propio, y

II.- Los modelos Industriales, constituidos por toda forma tridimensional que sirva de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial, que le dé apariencia especial en cuanto a lo que implique efectos técnicos."

II.- Nombres Comerciales: *"Es el nombre de un establecimiento o de una negociación mercantil, no es el*

nombre de un comerciante, el nombre de una cosa, no de una persona."¹⁰⁴

El derecho del uso del nombre comercial se encuentra contemplado en el artículo 105 de la Ley de Propiedad Industrial, que dice:

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

III.- Avisos comerciales: La Ley de Propiedad Industrial, nos dice, se consideran avisos comerciales a las frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, productos o servicios para distinguirlos de los de su especie. (artículo 100 de la Ley de Propiedad Industrial)

El aviso comercial es un elemento que tiene como función el individualizar el lugar que el empresario realizará su

¹⁰⁴ Mantilla Molina, Roberto, Derecho Mercantil, 28 ed. Ed. Porrúa, México 2001. p. 132.

actividad en contacto directo con la clientela, obteniendo el uso exclusivo para utilizar tal aviso comercial mediante su registro en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.¹⁰⁵

IV.-Transmisión de conocimientos técnicos conocida también en la práctica como *Know how to do it* (saber cómo hacerlo), comprende invenciones, procesos, fórmulas, etc.¹⁰⁶

La transmisión de tecnología en el contrato de franquicia es uno de los elementos más importantes y necesarios, ya que, para que dicho contrato exista es tan necesaria la licencia de marcas como la transmisión de tecnología.

V.- La asistencia técnica: "Es un influjo de instrucciones directivas o consejos suministrados en la medida que son requeridos para la operación o conducción de un proceso determinado".¹⁰⁷

La asistencia técnica complementará la transferencia de tecnología porque así podrá complementar la excelente producción uniforme del servicio o producto vendido.

¹⁰⁵ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. pP.43.

¹⁰⁶ Ibidem

¹⁰⁷ Álvarez Soberanis, Jaime. : La Regulación de las Invenciones y Marcas y de la Transferencia de Tecnología. Porrúa. México. 1979. Cit in. Arce Gargollo, Javier. Op Cit. p. 42.

d) La Contraprestación:

Es el pago que debe de realizar el franquiciatario al franquiciante, producto de las prestaciones obtenidas por el éste. El pago puede pactarse en dinero o en divisas por medio de la estipulación en el contrato de una obligación alternativa, en el caso de que se pacte con divisas que deberán de cambiarse a dinero, es necesario fijar el precio de la divisa al día de la celebración del contrato, ya que, si no se hace podrá ser de alto riesgo para el deudor por aquello de las devaluaciones.

e) La exclusividad:

Como elemento real de este contrato representa una limitación a la libertad contractual, ya que, en esta exclusividad el franquiciante obliga en el contrato al franquiciatario a no celebrar contrato con persona distinta a éste o con quien él disponga, también podría darse el caso que la exclusividad obligue al franquiciante a no celebrar franquicia con otros sujetos respecto del negocio franquiciado.

3.4. Elementos Formales.

Respecto de la formalidad en el contrato de franquicia, por tratarse de un contrato atípico del derecho mexicano no necesita ninguna formalidad para realizarse, pero sí

para que pueda ser oponible contra terceros y su formalidad la dará el que sea inscrito en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y de tal manera tendrá que ser inscrita la licencia de uso de marcas o nombres comerciales correspondientes a la franquicia que se inscriba.

CAPITULO IV

POSIBILIDAD CONTRACTUAL.

4.1. Obligaciones de las partes.

Desde un punto de vista teórico, por las características de colaboración y organización unidas a la idea de un fin común y determinado, las franquicias deberían de producir una relación equilibrante entre los contratantes (nivel coordinación). Sin embargo, se produce un efecto contrario, puesto que el franquiciante tiene una posición de supraordinación frente al franquiciatario.¹⁰⁸

4.1.1. Obligaciones del franquiciante.

Las obligaciones que nacen en un contrato de franquicia pueden ser muy distintas, porque las obligaciones entre las partes tendrán que nacer principalmente de las necesidades propias de la franquicia que se trate. Es decir, no podrá haber las mismas obligaciones en un contrato de franquicia relativo a "servicios", en el que el franquiciante deberá de proporcionar tecnología propia para la prestación de servicios y tener la obligación de capacitar al personal del franquiciatario, para la

¹⁰⁸ LEDESMA URIBE, I. "Breves consideraciones económicas sobre el Contrato de Franquicia", en *Iuris Tantum*, Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac. 8, México, Primavera - Verano 1997. p. 92. Cit in. Torres de la Rosa, Alejandra Op cit.

supervisión más estricta, que en una franquicia relativa a lo "comercial" en donde el franquiciatario se limitará a distribuir o mercantilizar productos que fabrica o distribuye, el franquiciante, siendo obligaciones de éste último las de un distribuidor, suministrador o proveedor; y mucho menos las de un contrato de franquicia en donde debe un producto fabricarse o prepararse por el franquiciatario, (en el caso de alimentos) en donde sus obligaciones incluirán la provisión de tecnología, especialmente el Know-how y asesoría de proveedores, técnicas de fabricación, entre otras.¹⁰⁹

Las principales obligaciones del franquiciante en un contrato de franquicia son en términos generales las siguientes:

a) Conceder la licencia de uso de marcas:

Se hace necesario mencionar la definición de marca: Es la señal externa que es usada por un comerciante para distinguir los productos por él elaborados, vendidos o distribuidos o los servicios que presta, de manera que el adquirente pueda cerciorarse de su procedencia y el comerciante quede a salvo de los efectos de la competencia desleal que le hicieren los que pretendiesen utilizar el prestigio y la solvencia de aquél, para colocar productos inferiores o no acreditados.¹¹⁰

¹⁰⁹Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p.59.

¹¹⁰Rodríguez y Rodríguez, Joaquín Op Cit. p. 425.

La Ley de Propiedad Industrial, al referirse en su artículo 142 a la franquicia, incluye como un elemento esencial a la licencia de uso de marcas o nombre comercial. Constituye uno de los elementos más importantes de este contrato la obligación de transmitir la licencia de uso de marcas, ya que, sino hay licencia de marcas o nombres comerciales no hay franquicia. Esta obligación es tan importante que es la que distingue al contrato de franquicia de un contrato de suministro o un contrato de distribución.¹¹¹ Al respecto Cardelús señala que, "el franquiciante, impone al franquiciatario el uso de su nombre y marca comercial, de modo que exactamente parece que sea un negocio del mismo".¹¹²

b) Autorizar el Uso del Nombre Comercial. El nombre comercial o denominación con el cual se ostenta ante el público una negociación mercantil. El artículo 100 de la Ley de Propiedad Industrial, define a los nombres comerciales como "las frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, productos o servicios para distinguirlos de los de su especie". Así dicha ley establece en su artículo 105 lo siguiente:

¹¹¹ Arce Gargollo. Javier. Op Cit. p. 48.

¹¹² CARDELOUS, L. Cit in. Arce Gargollo. Javier. Op Cit. p. 48.

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

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

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

De acuerdo con la Ley de Propiedad Industrial son patentables las invenciones que tengan los siguientes elementos:

I. Que sea nueva;

- II. Que sea el resultado de una actividad inventiva; y
- III. Que sea susceptible de una aplicación industrial.

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

Respecto al contrato de franquicia, cuando el tipo de producto y/o servicio, materia del arreglo, requiera para la explotación de un tercero de la autorización de uso de una o varias patentes, el contrato de franquicia de franquicia debe incluir como obligación del franquiciante la autorización del aprovechamiento de dichas patentes.¹¹³

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

d) Transmisión de conocimientos técnicos, la tecnología y el know-how.

¹¹³ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra .Op Cit p. 61.

Esta es una o la más amplia de las obligaciones del franquiciante hacia el franquiciatario, ya que, es la clave para que un negocio de franquicia se pueda desarrollar de acuerdo con el propósito de la franquicia. Recordamos que la idea es que la franquicia sea un negocio igual al original en donde no debe de cambiar en lo absoluto nada porque el éxito de las franquicias es la distribución de servicios uniformemente.

Respecto de la transmisión de tecnología, es necesario, que en elaboración de un contrato de franquicia, detalladamente sea especificada en dicho contrato.

La tecnología corresponde un bien que se encuentra dentro de la clasificación de los bienes tangibles o incorpóreos, que por tratarse de ser un bien pueden ser motivo de transferencia o de cualquier tipo de contrato que no vaya contra la ley.

Dentro del concepto de tecnología comprende las invenciones, procesos, fórmulas, diseños que no estén patentados o que no sean patentables, que se plasman a través de alguna forma física como dibujos, diseños o especificaciones que incluyen secretos comerciales y que comprenden generalmente experiencia técnica acumulada y la experiencia práctica, que probablemente sólo pueda transmitirse por medio de servicios profesionales.¹¹⁴

¹¹⁴ Cfr. *Ibid.* p. 62.

Este concepto incluye también la destreza, pericia y habilidad desarrolladas en el uso de la tecnología. Los medios o procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología pueden ser muy variados y cambiar durante la vigencia del contrato respecto a la diversa tecnología que el franquiciatario requiere en las distintas etapas del desarrollo del negocio. Cabe destacar, que ésta es una obligación de hacer y de tracto sucesivo. Como ejemplo de algunas de las obligaciones específicas que puedan desarrollarse en el contrato de franquicia en relación con la transmisión de conocimientos, la tecnología y el know- now, pueden citarse:

I. Proporcionar información oral o escrita sobre el lugar geográfico conveniente para la instalación del establecimiento o lugares concretos donde se va a explotar la franquicia. Esta información suele incluir la aprobación de los diseños, decoración, equipo, instalaciones, estándares, distribución de planta, especificaciones, normas, mobiliario, signos distintivos, publicidad externa, etc.

II. Enviar manuales, guías, procedimientos de operación de la negociación, e información completa que permita la óptima explotación del negocio. "Esta documentación contenida en el manual no es estática, sino que ha de ser

dinámica y constantemente actualizada y puesta al día por el franquiciante".¹¹⁵

III. Enviar técnicos, supervisores y personal calificado y con experiencia, que conozca la explotación del negocio, para efecto de capacitar a las personas, que por parte del franquiciatario explotarán y llevarán parte de la negociación. En algunos casos, hay programas de capacitación y entrenamiento, previamente desarrollados por el franquiciante.

IV. Prestar asistencia técnica y toda clase de asesoría útil y necesaria al franquiciatario, para la aplicación de la tecnología. Esta obligación, debe cumplirse a lo largo de toda la duración del contrato y es a solicitud del franquiciatario o cuando el franquiciante lo juzgue oportuno. "No sólo es necesario transmitir al franquiciante unos conocimientos técnicos, sino que debe de ir acompañado de soportes materiales como documentación, video-cassettes, etc., y de un manual operativo, permanentemente actualizado, completándose con cursos de formación de personal, ya que el 'training' o formación de personal es considerado por muchos el elemento más importante de las obligaciones del franquiciante"¹¹⁶.

V) Determinar estándares de calidad. Esta obligación del franquiciante, es también complemento de su derecho a

¹¹⁵ Arce Gargollo. Javier. Op Cit. p. 49.

¹¹⁶ CARDELÚS, Cit in. Arce Gargollo. Javier. Op Cit. p. 49.

inspeccionar y supervisar periódicamente al franquiciatario. El franquiciante debe buscar, en todo momento, la uniformidad del "producto o servicio" que el franquiciatario presta amparado por las marcas y nombres comerciales cuyo uso se autoriza en el contrato. Los estándares de calidad del producto y del servicio objeto de la franquicia pueden variar durante la vigencia del contrato y el franquiciante debe notificarlo oportunamente al franquiciatario.

e) Proporcionar información sobre el estado que guarda la empresa antes de la celebración del contrato: El artículo 142 de la Ley de Propiedad Industrial señala que el que conceda franquicia, deberá proporcionar a quien se la pretenda conceder, la información relativa al estado en que guarda su empresa, en los términos que establezca el Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial, ésto es en su artículo 65.

f) Exclusividad: La exclusividad es un elemento que normalmente se da en el contrato de franquicia. Desde un punto de vista negativo, la libertad de poder contratar otras franquicias hacia el franquiciante, se limita obligándolo a celebrar contrato con persona alguna ya sea en un territorio o hasta en toda una nación.

g) Otras obligaciones:

I) Si la franquicia, está referida a un negocio de naturaleza comercial, en la que el franquiciatario

requiere del producto fabricado o suministrado por el concedente para la explotación del negocio, éste tendrá las obligaciones propias de un suministrador para entregar periódicamente el producto en el volumen, cantidades, plazos y establecimientos pactados. Los gastos de entrega son por cuenta del franquiciatario, salvo pacto en contrario.

II) Los contratos de franquicia en los que el concesionario es distribuidor, el franquiciante puede otorgar en comodato el uso de equipo o instalaciones apropiadas para la explotación de la negociación. Los gastos de mantenimiento o reparaciones deben pactarse a quien corresponda.

III) En algunos casos, realizar la publicidad necesaria para la venta o conocimiento del producto o servicio materia de la franquicia. En estos gastos de publicidad puede obligarse al franquiciatario a colaborar con la aportación de un porcentaje de sus ventas por este concepto.

IV) En ciertos contratos y cuando el desarrollo del contrato o del negocio lo requiere, procesar la información contable, financiera, de producción y comercial del franquiciatario.

V) "En algunos contratos el franquiciante se obliga a financiar al franquiciatario, por lo menos a auxiliarlo

en la obtención del financiamiento para el desarrollo de la franquicia."¹¹⁷

g) Derecho de inspección. El franquiciante tiene durante toda la vigencia del contrato de franquicia un derecho para inspeccionar, supervisar y conocer en detalle la operación y desarrollo de la negociación por parte del franquiciatario. Este derecho puede ser muy amplio y generalmente incluye: inspeccionar y supervisar, en cualquier momento el establecimiento del franquiciatario y la prestación del servicio o la venta de los productos, pedir muestras o tomarlas para hacer los análisis correspondiente a fin de verificar la calidad del producto y su uniformidad, solicitar información adicional para conocer algún aspecto, en detalle, sobre la operación del negocio, conocer la comercialización, publicidad, sistema de ventas, etc., del franquiciatario, analizar la información financiera, administrativa, laboral y fiscal del franquiciatario; y, en general conocer todos los elementos y procedimientos de explotación de la franquicia. Tiene por objeto verificar los "métodos operativos, comerciales y administrativos", del franquiciatario para mantener "la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios", materia de la franquicia.¹¹⁸

¹¹⁷ Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p.59.

¹¹⁸ Cfr. Arce Gargollo, Javier Op Cit. p. 51.

4.1.2. Obligaciones del franquiciatario.

a) Pagar la contraprestación: Una de las obligaciones más importantes del franquiciatario es pagar la contraprestación pactada, y éste puede ser:

I) El pago o cuota ideal, de una cantidad fija, podrá ser producto simplemente del privilegio de obtener la franquicia y ser franquiciatario; los Hermanos González Calvillo nos dicen que esta cuota sólo tiene el propósito de permitir al franquiciante el reembolso de los gastos en que incurrió para llevar a cabo la firma de ese contrato.¹¹⁹

II) El pago periódico de las regalías como contraprestación, por la continua operación del establecimiento. Dicha regalía es también contraprestación por el uso de marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes. En el contrato se puede determinar qué porcentaje sobre las regalías corresponde a cada uno de estos conceptos, o fijarse una tasa o porcentaje global. Así mismo, el monto del mencionado pago periódico para que pueda ser funcional la franquicia, las partes lo deberán determinar de acuerdo al tiempo que tenga el negocio operando con éxito, el riesgo que tenga el negocio, etc. Otros factores que

¹¹⁹ Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo. Op Cit. p 78.

también pueden ser considerados para el cálculo inicial son:

- 1) La cuota inicial del franquiciatario;
- 2) El valor del nombre del negocio franquiciado; y;
- 3) La exclusividad del negocio en el territorio cuyo valor depende de las características mercado lógicas del negocio.

b) Usar las marcas. El franquiciatario no sólo tiene derecho a usar las marcas de productos o servicios que le autoriza el franquiciante, sino que, en algunos casos, también la obligación de usarlas. La falta de uso de las marcas como "usuario autorizado" para determinado país o territorio puede originar que las marcas "caduquen" para su titular por falta de uso (artículos 141 y 152-III de la Ley de Propiedad Industrial)

Artículo 141 de la Ley de Propiedad Industrial.

"El uso de la marca por el usuario que tenga concedida licencia inscrita en el Instituto, se considerará como realizado por el titular de la marca".

Artículo 152-III de la Ley de Propiedad Industrial.

"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".

El franquiciatario debe usar las marcas conforme a lo establecido en el contrato de franquicia y a falta de pacto, o complemento de éste, el franquiciatario debe hacerlo "tal y como fue registrada" (artículo 139 de la Ley de Propiedad Industrial); aplicarla a los productos o servicios, con la "calidad", forma y naturaleza equivalentes a los productos fabricados o servicios prestados por el concedente" (artículo 139 LPI); y deberá indicar que el franquiciatario es usuario autorizado o vende los productos y presta los servicios de dichas marcas con licencia del titular.¹²⁰

c) Usar los nombres comerciales y explotar las patentes. Igual que con las marcas, el franquiciatario tiene derecho a usar los nombres comerciales y los avisos comerciales, así como explotar las patentes. Pero estos derechos significan obligaciones para el franquiciatario, quien debe usar y explotar, pues el derecho sobre el nombre comercial se pierde si no se usa en un establecimiento. Respecto a la patente existe por ley la obligación de explotarla (artículo 73 de la Ley de Propiedad Industrial); y la no-explotación puede ser causa de caducidad (artículo 80 de la Ley de Propiedad Industrial).

¹²⁰ Torres de la Rosa, Alejandra. El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano. Ed. Porrúa, México. p. 72.

d) Situar el establecimiento con aprobación del franquiciante. El franquiciatario debe seleccionar y determinar el lugar donde se ubicará el establecimiento para la explotación de la negociación, sujeto a la aprobación y a las especificaciones de construcción, instalación, decoración, publicidad, distribución del local, mobiliario, equipo, etc.; que señale el franquiciante en el contrato. ¹²¹

e) Cumplir con los requerimientos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos. Esta obligación consiste en que al cumplir con el uso y aplicación de los conocimientos técnicos, realmente se está cumpliendo con una de las expectativas del contrato de franquicia que es hacer un negocio igual al que le dió origen a la franquicia.

f) Otorgar información financiera y contable, así como permitir inspecciones en la mayoría de los contratos, existe la obligación del franquiciatario de informar al franquiciante en todos sus aspectos. Esto tiene finalidades múltiples como lo son: determinar las regalías periódicas, la verificación de la uniformidad de los productos o servicios prestados, el determinar la necesidad de que el franquiciante necesite mayor

¹²¹ Torres de la Rosa, Alejandra. El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano. Ed. Porrúa, México. p. 75.

asistencia técnica o señale métodos más eficaces para la aplicación de tecnología, etc.

Respecto de la obligación financiera, éste derecho puede ser muy amplio, ya que, deberá contener el informe de las finanzas así como el de la administración del negocio para que pueda ser completo y eficaz, deberá ser entregado por el franquiciatario al franquiciante por lo menos una vez al año y para su confiabilidad deberá ser realizado por un despacho contable escogido de común acuerdo por las partes.

g) Guardar secreto: Es interesante comentar, en primer término, que este punto ha tomado por sorpresa a un gran número de franquiciatarios en nuestro país. Sin duda, el valor de la información y conocimientos que el franquiciante pone a disposición del franquiciatario es, quizá, tan importante o, en algunos casos, aún más importante que la marca o nombre comercial que se le otorga al franquiciatario.¹²²

Es de gran importancia la obligación que asume el franquiciante de no divulgar la información confidencial sobre tecnología o la operación misma de la negociación o la propia de la franquicia. Lo cual implica no comunicar o usar en beneficio que no sea del franquiciatario, la tecnología, conocimientos, "know-how" y cualquier otra clase de información recibida del franquiciante, no sólo

¹²² Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo. Op Cit. p. 78.

durante la vigencia del contrato de franquicia, sino inclusive después de la fecha de su terminación.¹²³

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

Por su parte, el artículo 83 de la Ley de Propiedad Industrial, establece que dicha información "deberá de constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u instrumentos similares".

Adicionalmente se dispone en el artículo 84 de la misma Ley, que un secreto industrial podrá ser transmitido a un tercero, el cual tendrá la obligación de no divulgarlo por ningún medio añadiendo:

"En los convenios por los que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de

¹²³ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p. 73.

confidencialidad para proteger los secretos industriales que contemplen, las cuales deberán precisar los aspectos que comprenden como confidenciales".

h) No ceder, traspasar o sublicenciar: El contrato de franquicia es por naturaleza *intuitu personae*, el franquiciatario no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de franquicia sin la autorización expresa del franquiciatario.

i) No vender o explotar otros productos o servicios: El franquiciatario, es en un principio, un usuario exclusivo de la tecnología y solamente la puede usar para explotar negocios en los términos que se contrató la franquicia, además, el que el franquiciatario explote otros productos seguramente afectará la uniformidad de los servicios o de los productos.

j) Conservar la calidad: Conforme al artículo 139 de la Ley de Propiedad Industrial, *"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..."* de este modo sabemos que el que preste un servicio con una licencia de marcas está obligado a prestarlos de la misma calidad que el propietario original.

k) A la terminación. Cuando termina el contrato, el franquiciatario tiene la obligación de discontinuar el uso de la franquicia, es decir, dejar de usar las marcas,

nombres, y avisos comerciales y la explotación de patentes, así como de toda la tecnología proporcionada por el franquiciante. Debe dejar de hacer operaciones mercantiles y hacer negocios bajo el nombre del franquiciante o de cualquier manera que pueda causar confusión al público y a los consumidores que crean que sigue existiendo la relación de la franquicia.

4.2. Extinción del Contrato de Franquicia.¹²⁴

La terminación del contrato de franquicia es un tema de sumo interés, ya que, a falta de regulación expresa éste deberá ser extinguido de acuerdo a las múltiples reglas generales de extinción de los contratos, en relación con las situaciones y acuerdos que se puedan situar en cada contrato de franquicia.

En un sentido amplio se puede decir, que un contrato termina por frustración del mismo o por extinción de sus efectos.

Un contrato se frustra cuando no produce efectos a causa de hechos o circunstancias contemporáneas a la celebración del contrato.

Asimismo, un contrato puede extinguirse o dejar de producir efectos a causa de hechos o circunstancias

¹²⁴ Cfr. Sánchez Meda, Ramon. Op Cit. p. 123-128.

supervenientes, accedidas con posterioridad a la celebración del contrato.

El contrato de franquicia que ha sido celebrado validamente y ha empezado a producir sus efectos, puede dejar de producir sus efectos o extinguirse éstos a consecuencia de hechos o acontecimientos posteriores a dicha celebración. Los motivos por los que se puede terminar un contrato de franquicia según las reglas generales de la terminación de los contratos son los siguientes:

- I) El agotamiento natural del contrato.
- II) El vencimiento de un término.
- III) La muerte de uno de los contratantes.
- IV) La incapacidad sobreviniente.
- V) Por mutuo consentimiento de las partes.
- VI) El concurso de una de las partes.
- VII) Por resolución del contrato bilateral.

I) El agotamiento natural del contrato. El contrato de franquicia se agotará naturalmente cuando todas las prestaciones contenidas en dicho contrato se hayan cumplido.

II) Vencimiento de un término. Cuando el contrato de franquicia llegue a su fin debido a que el término que las partes pactaron se haya cumplido.

III) La muerte de una de los contratantes. Hay contratos en los que la ley por causa de la muerte de alguna de las partes pone fin al contrato debido a que no es posible, como en el contrato de mandato; en el caso del contrato de franquicia esto no es una causa de terminación, ya que, el que una de las partes muera no es motivo para que la franquicia no pueda existir, sea persona física o moral los herederos deberán de continuar o responder por el contrato de franquicia salvo que las partes pacten lo contrario.

IV) La incapacidad sobreviniente. Cuando a una de las partes, después de celebrado el contrato de franquicia, le sobrevenga incapacidad ésta no será causa de terminación del contrato, siempre y cuando las obligaciones contenidas en el contrato puedan seguir siendo cumplidas, ya que, un representante podrá continuar con el cumplimiento de sus derechos y obligaciones (artículo 23 del Código Civil Federal).

V) Por mutuo consentimiento de las partes. El mutuo consentimiento debe darse a través de un convenio, el cual será inscrito en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, para que tenga efectos contra terceros, un aspecto muy importante en la terminación del

contrato antes que éste llegue a su fin, es que todos aquellos derechos que el franquiciante le haya transmitido al franquiciatario tendrán que ser regresados o retransmitidos,¹²⁵ como es el caso de la Licencia de marcas y nombres comerciales.

VI) El Concurso de una de las partes. Cuando una de las partes este Concursada la otra le podrá exigir la suspensión de la ejecución del contrato hasta que el Concursado garantice el cumplimiento.¹²⁶

VII) Por resolución o rescisión del contrato bilateral.

Para poder hablar de resolución y rescisión es necesario primero definir las.

*"Resolución: Es un acto jurídico por el cual: 1º. Se priva de sus efectos total o parcialmente para el futuro, a un acto jurídico anterior, plenamente válido, y 2º. Los efectos pasados de éste pueden quedar o no quedar subsistentes según la naturaleza del acto o la voluntad de las partes."*¹²⁷

Rescisión: "Es un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho 'ipso jure'- sin necesidad de declaración judicial- a otro acto, bilateral, plenamente válido, por

¹²⁵ Cfr. Sánchez Meda, Ramon. Op Cit. p 128.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Gutiérrez y González Ernesto. Op Cit p. 635-636.

incumplimiento culpable, en éste, imputable a una de las partes."¹²⁸

Para poder resolver el contrato de franquicia es necesario hacer uso del pacto comisorio expreso que es "La cláusula en el contrato en la que se plasma de manera expresa, el texto del artículo 1949 del Código Civil Federal, que se comenta, o se inserta una cláusula que sin transcribirlo en su literalidad equivale al criterio de esa norma".

El artículo 1949, primer párrafo, del Código Civil Federal, establece que:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para que el caso de que uno de los obligados no cumpliere con lo que le incumbe".

En esta cláusula se tendrá que pactar que el contrato, se resolverá sujeto a una condición suspensiva que generalmente tendrá que ser sujeta al incumplimiento de alguna obligación.

Respecto de la rescisión, es el acto por medio del cual las partes le ponen fin al contrato de franquicia con o sin necesidad de intervención judicial. Respecto de la rescisión judicial se tendrá que pedir al órgano judicial, mediante juicio, resuelva el contrato cuando

¹²⁸ Gutiérrez y González Ernesto. Op Cit p 636.

haya causa de rescisión y la parte que haya incurrido en ésta no quiera rescindir voluntariamente.

4.3. Tipos de franquicia.

Hay dos tipos de franquicia, cada una tiene sus propias características y áreas de negocio donde se desarrolla:

---"Franquicia de producto y marca o distribución (*Product an trade mark franqchising*) "¹²⁹.

---"Franquicia para crear y explotar una negociación, también conocida como industrial o de producción. (*Bussiness format franchising*). "¹³⁰

4.3.1. Franquicia de producto y de marca y su aplicación.

Esta clase de franquicia abarca una relación de ventas entre un proveedor y un distribuidor, en la que este último, conocido como comerciante, adquiere cierta identidad de su proveedor. Ejemplos de este tipo de franquicia son los distribuidores de automóviles, estaciones de gasolina, la industria embotelladora y las tiendas de ropa.

¹²⁹ Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo, Franquicias la Revolución de los 90s, México. Ed. McGraw-Hill .P.25.

¹³⁰ Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo, Franquicias la Revolución de los 90s, México. Ed. McGraw-Hill .P.25.

Bajo la franquicia de producto, el nombre del negocio y el producto es el mismo, y el consumidor los percibe de esa forma. Por ejemplo, *Coca-Cola* vende concesiones a franquiciatarios regionales que mezclan azúcar, agua gaseosa y concentrado, lo embotellan y lo distribuyen en ciertas áreas específicas. El nombre del negocio final se refiere tanto al refresco como al negocio.¹³¹

El Instituto Brasileño de Franchising con sede en Sao Paulo, se ha referido a este tipo de franquicias como de primera generación, en virtud de la limitada información y conocimientos que el franquiciante le otorga al franquiciatario, los cuales distan de conseguirse, como en el caso de la franquicia de formato de negocio, en un sistema integral para la operación de la franquicia.¹³²

Por su parte, Jaume Rigo Gasset afirma que la franquicia de distribución, como le llama a la de producto y de marca, permite el desarrollo de una red de establecimientos de venta de idéntica apariencia, que distribuye bajo un rótulo común, una rama de productos una gama de productos específicos de acuerdo a una determinada política comercial. Por tanto, en este tipo de franquicia, el franquiciante no asume una función industrial, sino comercial: es un difusor. El difusor es

¹³¹ RAAB, E.S. y Matusky, G. Cit in. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p.90.

¹³² Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo, Op Cit. . p.25.

el que introduce un producto en el circuito de distribución sin ser su productor.¹³³

4.3.2. La Franquicia de negocio y su aplicación.

La forma de franquicia más conocida es la franquicia con formato de negocio. En este caso una compañía desarrolla un método o sistema de operación para la comercialización de productos o servicios, y la marca registrada idéntica a todas las partes de sistema o método.¹³⁴

En este tipo de franquicia, la relación entre el franquiciante y el franquiciatario generalmente incluye un producto o un servicio y una marca, un sistema de comercialización, manuales de operación, procedimientos, programas de entretenimiento, apoyo de publicidad y asistencia y guía del franquiciante durante la operación del negocio.¹³⁵

La franquicia de negocio, conocida en Estados Unidos como *Package Franchising*, ofrece al franquiciatario no sólo la marca o nombre comercial del franquiciante, sino un "sistema" completo de negocios.¹³⁶

¹³³ JAUME, RGOL, GASSET. La Franquicia es un Estrategia de Españción. Cit in. Torres de la Rosa Alejandra. Op Cit. p.90.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Cfr. Torres de la Rosa Alejandra. Op Cit. p. 91.

¹³⁶ Cfr. González Calvillo, Enrique y González Clavillo, Rodrigo. Op Cit. .p. 55.

El sistema que el franquiciante pone en manos del franquiciatario en ese tipo de acuerdo incluye una forma integral, su nombre comercial o marcas, sus conocimientos o experiencias en la operación del negocio, sus criterios y especificaciones para la construcción o adaptación del local, los parámetros o requisitos que deberá cumplir el franquiciatario en la selección y contratación del personal, en la publicidad y promoción de la franquicia y, en general, en la forma que deberá conducir el negocio.¹³⁷

4.4. Subfranquicia.¹³⁸

Se han desarrollado varios sistemas para otorgar las franquicias, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

--- Contrato de área de desarrollo (*development agreement*); y,

--- Contrato de franquicia maestra (*master franchisee agreement*).

El primero de estos sistemas consiste, en otorgar al franquicicante el derecho de conceder al franquicitario el derecho de explotar un producto o negocio en una

¹³⁷ Cfr Ibid. p. 26.

¹³⁸ Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p. 85-87.

región determinada con la obligación de abrir un cierto número de locales propios, es decir, el franquiciatario debe de desarrollar, por ejemplo 10 locales en el mismo número de estados. En cambio, en el segundo tipo de sistema, el franquiciatario maestro tiene la facultad de subfranquiciar con terceros, cosa que no puede hacer el franquiciatario desarrollador y, además tiene la facultad de desarrollar negocios propios, es decir, abrir negocios de su propiedad conforme al método del franquiciante.¹³⁹

En el contrato de subfranquicia el subfranquiciante, además de las obligaciones que le corresponden como franquiciatario en la relación original, tiene las propias del contrato de franquicia en su calidad de franquiciante.

La subfranquicia puede darse en el contrato de franquicia, como un medio por el que el contrato principal u original se desdobra en otros varios contratos. En el contrato de subfranquicia, el subfranquiciante se convierte en subfranquiciante del subfranquiciatario y, no siempre para cada caso concreto, que intervenga el franquiciante original. Sin embargo, en algunos casos, el consentimiento del franquiciante original es una condición indispensable para considerar válido el contrato de franquicia.¹⁴⁰

¹³⁹ Cfr. *Ibid.* p. 85.

¹⁴⁰ Arce Gargollo, Javier. *Op Cit.* . p. 46.

Como elementos propios de la figura de subfranquicia se encuentran los siguientes:¹⁴¹

I. Un contrato principal de franquicia entre el franquiciante (original) y el franquiciatario.

II. Un contrato derivado, subcontrato de franquicia, entre el franquiciatario que es subfranquiciante, y uno nuevo franquiciatario que se convierte en subfranquiciatario.

III. Autorización general del franquiciante original para que el franquiciatario (subfranquiciante) contrate (franquicias de desarrollo de área); o autorización expresa y concreta para cada caso de subcontratación.

IV. La misma naturaleza del contrato y el contenido, límites, plazo, condiciones similares o iguales, entre franquicia y subfranquicia, de modo que esta última no rebase los límites del contrato original o principal de la franquicia.

Grandes franquiciantes, entre ellos, Budget Rent a Car y Century 21, han recurrido a la subfranquicia para acelerar con resultados positivos el crecimiento, en especial en periodos altamente competitivos cuando era fundamental establecerse en nuevos mercados lo más rápidamente posible. Algunos de los franquiciantes emplean las subfranquicias para desarrollarse y luego

¹⁴¹Ibidem.

recomprar los territorios con el propósito de incrementar la cantidad de unidades en los mismos.¹⁴²

Normalmente, el subfranquiciante no opera unidades, excepto una sólo exhibición con oficina central y recursos de capacitación.¹⁴³

4.5. Necesidad de regular el Contrato de Franquicia en la Ley de la Propiedad Industrial.

Es un hecho innegable que la franquicia es un signo inequívoco de la modernidad. Hoy son más de 15,000 empresas de todos los giros, tamaños y nacionalidades que en todo el planeta han adoptado este formato.

México no ha sido la excepción, formando parte de las más modernas corrientes comerciales. Por lo que es necesario establecer un régimen legal de contrato de franquicia que obedece a distintas causas y razones, tales como:

- a) Dotar de seguridad jurídica a las partes en el momento de celebrar el contrato;
- b) Establecer normas específicas para su celebración, ejecución y terminación, así como normas supletorias de la voluntad de las partes;

¹⁴² Boroian D. D. Las ventajas de la franquicia, Gestión, México, p. 121. Cit in. Torres de la Rosa, Alejandra. Op Cit. p. 87.

¹⁴³ Ibid. p. 88.

c) Evitar confusión que se puede generar con el contrato de franquicia y otros contratos o figuras afines;

d) Fomentar la celebración de este tipo de contrato a efecto de que el mismo sea parte importante en el desarrollo de la tecnología y la inversión en nuestro país, y

e) Actualizar al derecho mexicano respecto de este contrato.

Debido a que el contrato de franquicia es de radical importancia para el crecimiento de la economía de nuestro país y por los motivos antes mencionados, creemos que es necesario que se regule el contrato de franquicia en la Ley de Propiedad Industrial, ya que, ésta es la que nomina a la franquicia como figura, y regula gran parte de los elementos utilizados en la misma, como lo son: la licencia de uso de marcas y nombres comerciales, la patente, el secreto industrial, etc, y nosotros de manera sencilla, ya que el objeto de este trabajo de tesis es el demostrar que la franquicia reviste las características de un contrato y la Ley de la Propiedad Industrial ni su reglamento la regulan como tal, sugerimos la siguiente regulación:

Artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial:

Existirá contrato de franquicia cuando con la licencia de uso de una marca, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica para 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 franquiciante, tendientes a mantener la calidad y prestigio e imagen de los productos o servicios que ésta distingue.

Artículos del reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial del 65 al 65 BIS 8.

65. Previamente a la celebración del contrato de franquicia, el franquiciante deberá otorgar al franquiciatario, la información mínima que garantice que el franquiciatario conoce el estado que guarda la empresa al momento de celebrar el contrato.

65 BIS 1. Todo contrato de franquicia deberá de ser registrado en el Instituto de la Propiedad Industrial.

65 BIS 2. Se entiende por contrato de franquicia de producto y de marca a todo acuerdo en virtud del cual

un sujeto llamado franquiciante, además de otorgar al franquiciatario el uso y explotación de un nombre comercial o marca, se constituye como proveedor exclusivo de los productos y servicios que comercializará él o distribuirá al franquiciatario.

65 BIS 3. Se entiende por contrato de franquicia de negocio al acuerdo en virtud del cual un sujeto llamado franquiciante desarrolla un sistema o método operativo para la comercialización de productos y servicios que identifican a una marca registrada, en donde el franquiciante le transmite este sistema y la licencia de uso de marca a otro llamado franquiciatario.

El franquiciante tendrá la obligación de transmitirle al franquiciatario la tecnología, conocimientos técnicos o experiencia suficientes para mantener la exactitud en la calidad de los productos o servicios del negocio franquiciado.

65 BIS 4. Todo contrato de franquicia deberá de contener por escrito:

I. La o las licencias de uso de marca o marcas, nombres y/o avisos comerciales.

II. La transmisión por el franquiciante al franquiciatario de tecnología, conocimientos técnicos en el caso del contrato de franquicia de negocio.

III. Definición de la zona territorial de operación de la negociación y explotación.

IV. Montos y pagos que debe de hacer el franquiciatario al franquiciante.

65 BIS 6. La tecnología que el franquiciante transmita al franquiciatario deberá incluir la información necesaria respecto a la venta de productos o la prestación de servicios, la presentación de productos para su venta y todas las demás condiciones para hacer del negocio franquiciado una réplica del negocio franquiciante.

65 BIS 7. Derechos y Obligaciones del Franquiciante

I. Conceder la licencia de uso de marcas, nombres y/o avisos comerciales;

II. Transmitir al franquiciatario los conocimientos técnicos, la tecnología y la experiencia necesaria para la eficaz explotación del negocio franquiciado;

III. Respetar el territorio convenido con el franquiciatario, respecto de no autorizar otra franquicia dentro de éste;

IV. Suministrar al franquiciatario, en caso de ser convenido, el equipo, materias primas, accesorios o artículos de reposición necesarios para la eficaz explotación del negocio franquiciado;

65 BIS 8. Derechos y Obligaciones del Franquiciatario

I. Vender o utilizar exclusivamente productos o servicios que cumplan con las especificaciones establecidas con el franquiciante bajo la calidad debido a la naturaleza de los productos o servicios de la franquicia;

II. Respetar el territorio establecido con el franquiciante respecto de la venta de productos o servicios del negocio de franquicia, así como ubicar el negocio en el lugar convenido;

III. En relación con las características del inmueble y las instalaciones del negocio franquiciado deberá respetar las impuestas por el franquiciante y en su defecto serán las similares al negocio franquiciante;

IV. No subfranquiciar, salvo autorización expresa del franquiciante;

V. No revelar secretos industriales confiados respecto de la franquicia y todo lo relacionado con ésta hasta veinte años después de terminado el contrato;

CONCLUSIONES

PRIMERA: La franquicia fue creada en los Estados Unidos alrededor del año 1850 a efecto de solucionar un problema de distribución nacional sin contar con un gran capital.

SEGUNDA: México, al encontrarse tan cerca y tan ligado a los Estados Unidos, desarrolló, como era de esperarse, el contrato de franquicia

TERCERA: En virtud de la abrogación de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y de la promulgación de la Ley de Propiedad Industrial, se da la pauta para prescindir del hecho de que ninguna oficina gubernamental apruebe cada operación a realizarse respecto a las franquicias,

CUARTA: La franquicia reviste todas las características de un contrato.

QUINTA: El contrato de franquicia es un contrato atípico.

SEXTA: A través del tiempo la franquicia ha probado ser un instrumento comercial que funciona y que es capaz de tener éxito aun bajo condiciones adversas.

SEPTIMA: Existe la necesidad de establecer el régimen legal del contrato de franquicia

OCTAVA: Debido a que es necesario la regulación de la franquicia como contrato es correcta su inclusión con un carácter de contrato en la Ley de Propiedad Industrial.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARCE GARGULLO, JAVIER, -EL CONTRATO DE FRANQUICIA-, Reimpresión a la 3°. ed. Ed. Themis, México, Febrero 1995.
- 2.- AZUA REYES, SERGIO T, -TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES-, 3° ed. Ed. Porrúa, México, 2000.
- 3.- CERVANTES AHUMADA, RAUL, -DERECHO MERCANTIL PRIMER CURSO-, 3° ed. Ed. Herrero, México, 1998.
- 4.- DE PINA VARA, RAFAEL, -DERECHO CIVIL MEXICANO III-, 5° ed. Ed. Porrúa, México, 1999.
- 5.- DIAZ BRAVO, ARTURO, -CONTRATOS MERCANTILES-, 4° ed. Ed. Harla, México, 1999.
- 6.- GONZALEZ CALVILLO, ENRIQUE y GONZALEZ CALVILLO, RODRIGO, -FRANQUICIAS LA REVOLUCION DE LOS 90s-, 1°. ed. Ed. McGraw-Hill, México, 1991.
- 7.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, -DERECHO DE LAS OBLIGACIONES-, 5°. ed. Ed. Cájica. Puebla 1994.
- 8.- LOZANO NORIEGA, FRANCISCO, -CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL "CONTRATOS"-, Ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C. México, D.F. 1997.

- 9.- MANTILLA MOLINA, ROBERTO, -DERECHO MERCANTIL-, 28° ed. Ed. Porrúa, México, 2001.
- 10.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN, -DERECHO MERCANTIL TOMO I, 10° ed. Ed. Porrúa, México, 1998.
- 11.- SANCHEZ MEDAL, RAMON, -DE LOS CONTRATOS CIVILES. 2°- ed. Ed. Porrúa. México, 2001.
- 12.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, -DERECHO CIVIL MEXICANO IV-, Vol. I. 4°, ed. Ed. Porrúa, México, 1998.
- 13.- TORRES DE LA ROSA, ALEJANDRA, EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL DERECHO MEXICANO, 1°. ed. Ed. Porrúa, México, 2000.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- CODIGO CIVIL FEDERAL, Ed. Sista, Octubre de 2002.
- 2.- CODIGO DE COMERCIO, Ed. Porrúa, México, 2002.
- 3.- LEY DE INVERSION EXTRANJERA Y SU REGLAMENTO, 7°. ed. Ed. ISEF , S.A.
- 4.- LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y REGLAMENTOS, Ed., SISTA. México, 2002.

OTRAS FUENTES

1.-DE PINA VARA RAFAEL. DICCIONARIO DE DERECHO. 19°. ed.
Ed. Porrúa, México, 1998.