

308.909

14

2g-

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNAM



**EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL
DERECHO POSITIVO MEXICANO**

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL ANGEL GARZA CASTAÑEDA

DIRECTOR DE TESIS: LIC. EDUARDO PRECIADO BRISEÑO

MEXICO, D. F

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1991



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 está 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.

INDICE

	pag.
INTRODUCCION	i
 CAPITULO I ANTECEDENTES GENERALES E IMPORTANCIA ECONOMICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.	
1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EUROPA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	1
1.2. ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO	12
1.3. FUNCION ECONOMICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	17
1.3.1. VENTAJAS ECONOMICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	17
1.3.2. DESVENTAJAS ECONOMICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	26
1.3.3. DATOS ESTADISTICOS DE LA IMPORTANCIA ECONOMICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	30
1.4. JUSTIFICACION DE ESTUDIO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	32
 CAPITULO II CONCEPTO Y CLASIFICACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.	
2.1. TERMINOLOGIA USADA EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA	35
2.2. CONCEPTO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	42
2.3. CLASIFICACION JURIDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	56
2.4. TIPOLOGIA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	66

**CAPITULO III ELEMENTOS JURIDICOS DEL CONTRATO
DE FRANQUICIA.**

3.1. ELEMENTOS PERSONALES	76
3.1.1. EL FRANQUICIANTE	76
3.1.2. EL FRANQUICIATARIO	79
3.1.3. CAPACIDAD PARA CONTRATAR	81
3.2. ELEMENTOS REALES	83
3.2.1. OBJETO INMEDIATO	84
3.2.1.1. LA MARCA	84
3.2.1.1.1. CONCEPTO DE LA MARCA	85
3.2.1.1.2. FUNCIONES Y CLASIFI-	
CACION DE LA MARCA	89
3.2.1.1.3. ASPECTOS LEGALES	
RELACIONADOS CON LA MARCA	94
3.2.1.2. LA TRANSFERENCIA DE TEC-	
NOLOGIA	101
3.2.1.2.1. LA TECNOLOGIA	103
3.2.1.2.2. LA TRANSMISION DE	
CONOCIMIENTOS TECNICOS O	
KNOW HOW	107
3.2.1.2.3. LA ASISTENCIA TEC-	
NICA	113
3.2.1.2.4. ASPECTOS LEGALES	
RELACIONADOS CON LA TRANSFERENCIA	
DE TECNOLOGIA	117
3.2.1.3. EL NOMBRE COMERCIAL	133
3.2.1.3.1. CONCEPTO Y FUNCION	
DEL NOMBRE COMERCIAL	134
3.2.1.3.2. ASPECTOS LEGALES	
RELACIONADOS CON EL NOMBRE	
COMERCIAL	136
3.2.2. OBJETO MEDIATO	139

3.2.3. LA CONTRAPRESTACION EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA	143
3.2.4. LA EXCLUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA	148
3.3. ELEMENTOS FORMALES	151
3.4. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES ...	155
3.4.1. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE ...	155
3.4.2. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO .	160
3.5. TERMINACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA ..	164

**CAPITULO IV DIFERENCIACION CON OTRAS FIGURAS
AFINES Y DETERMINACION DE LA NATURALEZA
JURIDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

4.1. DIFERENCIACION CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS AFINES	170
4.1.1. CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL	171
4.1.2. CONTRATO DE SUMINISTRO	173
4.1.3. CONTRATO DE DISTRIBUCION O CONCE- SION MERCANTIL	175
4.1.4. LA CONCESION ADMINISTRATIVA	178
4.2. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	180
CONCLUSIONES	189
BIBLIOGRAFIA	195

I N T R O D U C C I O N

En octubre de 1984, el entonces Embajador de los Estados Unidos de América en México, el señor John Gavin, indicaba durante el Séptimo Congreso Anual de Franquicias en Estados Unidos, que las oportunidades de establecer Franquicias en México se encontraban muy limitadas por las diversas restricciones gubernamentales existentes en ese momento ¹.

Sin embargo, casi tres años después, México empezó a abrir gradualmente sus puertas al extranjero, y con ellas, a los contratos de franquicia a través de la supresión de diversas normas prohibitivas y limitativas a la inversión extranjera en México ².

Es por ello, que en el mundo jurídico actual y como consecuencia del desarrollo sin precedentes que está teniendo la

¹. GONZALEZ, Enrique y MAZERD, Joyce G.: "Franchising in Mexico: Breaking with Tradition"; en "Franchise Law Journal", American Bar Association, Chicago, Vol. VII, No.1, Verano de 1987, p.3.

². Ibidem.

industria y el comercio, así como la apertura de las fronteras comerciales que permiten una mayor inversión extranjera, que las estructuras jurídicas van experimentando un cambio substancial. No sólo ello, sino que también van apareciendo gradualmente en el ámbito del Derecho Mercantil y Económico una serie de instituciones jurídicas y contratos que buscan optimizar y abarcar la totalidad de las relaciones jurídicas y consecuencias que se presentan con motivo de este cambio.

Es así, que el desarrollo jurídico en las últimas décadas ha sido tan vertiginoso, que nos resulta difícil encuadrar los nuevos contratos e instituciones jurídicas dentro de las figuras clásicas del Derecho.

Una variante compleja de estos nuevos contratos, lo constituye el de franquicia, cuya aceptación en la práctica mundial ha tenido un éxito sin precedentes de 1965 a la fecha, toda vez que dicha figura cuenta con un gran dinamismo, flexibilidad y campo de acción.

El contrato de franquicia nos permite una mayor expansión de las negociaciones mercantiles de la más diversa índole; y paralelamente, nos da la seguridad jurídica necesaria para que las partes que intervienen en éste contrato satisfagan con éxito sus necesidades.

Podría parecer que el contrato de franquicia, por lo que a su estructura jurídica se refiere, es una conjunción de diversos contratos, como lo son el de concesión mercantil o distribución; el de licencia de uso de marca y el de transferencia de tecnología, sin embargo, no es así, ya que la complejidad del mismo, le da características muy peculiares que sobrepasan por mucho a las de las figuras anteriormente citadas.

Al llevar a cabo el estudio del contrato de franquicia, la investigación la deberemos realizar con base en dos premisas fundamentales: por una parte, la imposibilidad de aplicar los principios tradicionales en materia contractual a dicha figura, y por la otra, el vertiginoso desarrollo que ha tenido la franquicia en el derecho moderno como consecuencia de la necesidad de buscar una regulación a las relaciones jurídicas de las partes que intervienen en su celebración; por lo mismo, podemos considerar que en este caso, el desarrollo económico trae consigo la aparición de esta institución jurídica que requiere de nuestra atención; aún más, no sólo debemos de hablar del surgimiento de un nuevo contrato, sino de la aparición de una nueva figura en el Derecho Mercantil, que representa múltiples beneficios para las partes que lo utilicen.

Determinada la importancia que tiene el contrato de franquicia en nuestros días, realizaremos el estudio del mismo no sin antes advertir que en México la doctrina que lo contempla es mínima, destacando un gran vacío jurisprudencial a este respecto. Se trata pues de una institución jurídica en proceso de integración y perfeccionamiento, por lo que se puede advertir un crecimiento muy importante en la presente década.

Es en atención a las recientes acciones legislativas adoptadas por la Administración del Presidente Salinas de Gortari, tendientes a la simplificación de los procedimientos para la transferencia de tecnología, que podemos indicar que se prevé, en el corto plazo, la expansión del contrato de franquicia a que nos hemos referido; esto, se manifiesta en el hecho de que nuestro país requiere incorporarse al desarrollo económico internacional, por lo que las acciones legislativas de la Administración del Presidente Salinas buscan el otorgar una mayor seguridad jurídica a los interesados de ésta materia, así como promover la inversión extranjera en áreas que antes eran consideradas como vetadas para los extranjeros.

Con base en lo anterior, estimamos conveniente que el estudio del contrato de franquicia en el presente trabajo, encuentre sustento en las prácticas prevaletientes en otros

países, en los cuales dicha institución jurídica tiene precedentes mucho más remotos que en el nuestro.

En el presente estudio, el contrato de franquicia será analizado a partir de su estructura jurídica más elemental, para después tratar de determinar con precisión las consecuencias jurídicas que el mismo trae aparejadas, sin olvidar el importante aspecto de tratar de determinar su naturaleza jurídica a través del deslinde de sus efectos con otros contratos mercantiles similares.

Por ello, consideramos conveniente el señalar que la presente investigación tomará como base la teoría general de los contratos, a fin de poder ser aplicada al análisis de la figura jurídica que estudiaremos.

CAPITULO I.- ANTECEDENTES GENERALES E IMPORTANCIA ECONOMICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS EN EUROPA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

El establecer con precisión los antecedentes históricos del contrato de franquicia, resulta una tarea un tanto difícil, sobre todo, si se toma en cuenta que la creación de dicha figura es sumamente reciente en el Derecho; sin embargo, conviene precisar su evolución histórica llegando hasta nuestros días, para que de éste modo, podamos comprenderla con mayor precisión.

El origen de las operaciones con franquicia se remontan a la Edad Media, época en que el término FRANC implicaba el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el soberano concedía a alguno o algunos de sus súbditos. Dichos privilegios se concedían generalmente sobre derechos forestales, de pesca o de mercaderías; es con el otorgamiento de éste último tipo, con los que consideramos que el contrato de franquicia adquiere, en cierta medida, su mercantilización.

Existen indicios y documentos que constatan la aparición de las franquicias de otorgamiento de privilegios desde el siglo XIII. Así, la primera Carta de Franquicia que se conserva está fechada en el Municipio de Chambery (Francia) en el mes de marzo del año 1232 ³.

En vista de lo anterior, podemos decir que durante la Edad Media existían dos clases principales de franquicias. Por un lado, las que formaban parte de las prerrogativas reales y eran usadas previamente por la corona antes de su concesión a los particulares, como lo serían la pesca e industria forestal; y por el otro, las que se creaban principalmente para su concesión a particulares como las de ferias y mercados ⁴.

En cualquiera de los dos casos antes citados, debemos señalar que el propietario de la Carta de Franquicia poseía un derecho exclusivo de uso y disfrute frente a todo tercero que pretendía interferir en su concesión. Es en éste sentido, que las cartas de franquicia durante la Edad Media adquirieron, en nuestra opinión, la característica actual de exclusividad que el contrato de franquicia trae aparejada, y que la diferencia

³. TEAM DE ECONOMISTAS DVE: La Franquicia, Ed. De Vecchi, Barcelona, 1989, p. 11.

⁴. CARDELUS I. CASSIOT, Lluís: El Contrato de Franchising, 1a. edición, Ed. PPU, Barcelona, 1988, p. 9.

de la exención de tipo fiscal que tiene el importador o exportador de determinados tipos de bienes.

La práctica de las cartas de franquicia, después del fuerte auge que las mismas tuvieron en ésta época medieval, cayeron en desuso paulatino, hasta que finalmente la palabra desapareciera a finales de la Edad Media ⁵.

No es fácil el determinar el por qué de la desaparición de la práctica de las cartas de franquicias durante la Edad Media, sin embargo, en nuestra opinión, lo anterior se debió a la creciente centralización del poder real, por lo que las concesiones fueron mínimas o nulas.

Después del incipiente desarrollo que tuvieron las operaciones con franquicias durante la Edad Media, las mismas reaparecen después de la Guerra de Secesión Norteamericana, debido al hecho de que los industriales del Norte de los Estados Unidos de América las empezaron a utilizar como una forma de expansión de los negocios e industrias de los empresarios hacia los Estados del Sur de la nación americana. En la tramitación de dichos negocios, los industriales nortños ya utilizaban una marca y signo distintivos en los negocios que otorgaban a los del Sur y del Oeste de los Estados Unidos de

⁵. Cfr. TEAM DE ECONOMISTAS DVE: op. cit., p. 11.

América, por lo que en nuestra opinión se configura un elemento más del contrato de franquicia, es decir, la concesión de un signo distintivo que diferencie al negocio en cuestión de otros similares ⁶.

A este respecto, podemos agregar que el desarrollo de las franquicias en esta época se encontró sumamente limitado por el hecho de que uno de los factores más importantes de la franquicia, la confianza, no existía debido a las guerras por la que atravesaba la Unión Americana. Es por ello, que el desarrollo de la franquicia en dicha época se practicó más con viajeros del Norte de los Estados Unidos de América que deseaban emigrar al Sur, que con los industriales oriundos de dicha área del país.

Es a partir de éste momento de la historia en que el desarrollo del contrato de franquicia mantiene un ritmo de crecimiento más o menos constante. Así pues, vale la pena mencionar que el primer antecedente firme de ésta relación comercial se sitúa entre los años de 1850 a 1860, cuando I.M. Singer & Company crearon las condiciones necesarias para que

6. LÉLOUP, P.: Droit et Pratique de la franchise, Ed. Delmas, Paris, 1983, p. A1.

surgiera un contrato de franquicia, con la finalidad de distribuir y vender sus máquinas de coser ⁷.

Posteriormente, el contrato de franquicia se siguió utilizando hasta antes de la Primera Guerra Mundial, en el negocio de la venta de automóviles, debido a la existencia de una legislación anti-monopolística en los Estados Unidos de América, que no permitía a los fabricantes de los automóviles su comercialización directa, por lo que se recurrió a franquiciar el negocio ⁸.

En aquellos primeros años del siglo XX, el incipiente auge industrial de distribución de satisfactores que existía, permitió la consolidación del sistema de franquicias, situación que nos conduce al hecho de que a partir del año de 1929 se dé, con más formalidad y como lo conocemos actualmente, el nacimiento del contrato de franquicia en la época contemporánea, apareciendo en forma simultánea en los Estados Unidos de América, en Francia y en Inglaterra, aunque con orígenes y motivaciones diferentes en cada caso ⁹.

7. RUDNIK, Lewis: Structuring the Franchising Relationship, p.106; citado por Javier Arce Gargollo: El Contrato de Franquicia, 1a. edición, Ed. Themis, México, D.F., 1990, p. 13.

8. CARDELUS I. GASSIOT, Lluís: op. cit., p. 10.

9. TEAM DE ECONOMISTAS DVE: op. cit., p. 11.

Como ya mencionamos, es a partir de la década de los años treinta del presente siglo que en los Estados Unidos de América se empezó a desarrollar con más éxito el contrato de franquicia, así, surgieron, como prueba de ello, cadenas de hoteles que operaban con franquicias, como lo serian los Hoteles Howard Johnson. Sin embargo, la verdadera expansión de la utilización del contrato de franquicia en los Estados Unidos de América se llevó a cabo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y de las postguerras siguientes.

En los primeros años de la década de 1950, el contrato de franquicia se utilizó con mayor frecuencia, teniendo una pequeña recesión en el decenio de los años sesenta. En estas décadas surgieron grandes empresas trasnacionales que expandieron sus áreas de negocios a través del sistema de franquicias ¹⁰.

En nuestra opinión, el fuerte desarrollo que sufre el contrato de franquicia en la segunda mitad del siglo XX se debe, en gran medida, al deseo de múltiples empresarios que tenían capitales excedentes de canalizar los mismos para el establecimiento de sus propias empresas, aprovechando para tal

¹⁰. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia, 1a. edición, Ed. Themis, México, D.F., 1990, p. 13.

efecto, la experiencia que empresarios con mucho más tiempo de establecidos en el medio les pudieran brindar.

En 1960, se creó en los Estados Unidos de América la Asociación Internacional de Franquicias (IFA por sus siglas en inglés), con la finalidad de construir y mantener un sistema que favoreciera el desarrollo de los contratos de franquicia en el mundo.

En otros países, como Francia, la gran expansión del contrato de franquicia se dió en la década de 1970 con orígenes distintos a los que provocaron su nacimiento en los Estados Unidos de América, donde se vivían serias dificultades para la "compraventa" de negociaciones mercantiles, por lo que la concesión del negocio a través del contrato de franquicia, permitió a los concedentes "desligarse" de su propio negocio 11.

En éstos mismos años, se crea la Federación Francesa de Franquicias, agrupando a varios de los empresarios más importantes de la materia en esa nación; asimismo, se crea el Código Deontológico de la Franquicia 12.

11. TEAM DE ECONOMISTAS OVE: op. cit., p. 12.

12. BESSIS, Philippe: Le Contrat de Franchise, Ed. Montchrestein, Paris, 1986, p. 8.

Este último se da preferentemente a nivel y experiencias francesas, por lo que el desarrollo del contrato de franquicia en Francia, se da con mayor éxito que en el resto de los países europeos.

La creación de la Federación Francesa de Franquicias influyó fuertemente en otras naciones, por lo que dió nacimiento a otras asociaciones de franquicias como lo fueron los casos de Bélgica y Alemania ¹³.

El Código Deontológico de la Franquicia contiene los principios básicos de la operación y seguimiento del contrato de franquicia, así como las normas aplicables a las partes. Por otro lado establece las obligaciones y derechos que tienen los asociados con respecto a la Federación Francesa de Franquicias.

Entre las décadas de 1970 y 1980, el desarrollo del multicitado contrato, ha sido cada vez mayor, por lo que tratando de aglutinar los problemas y experiencias que se iban presentando con la práctica del contrato de franquicia, se creó el Código Deontológico Europeo sobre la Franquicia, ordenamiento que busca compilar costumbres más o menos codificadas, así como sentencias dictadas en dicho continente

13. *Ibidem.*

sobre el particular. Un poco antes a la expedición de dicho código, se creó también en Europa la Federación Europea de Franquicias, compuesta por miembros preponderantemente franceses ¹⁴.

En otros países como lo sería el caso del Reino Unido, el fuerte desarrollo que tuvo del contrato de franquicia no se dió sino hasta 1977, fecha en la que se fundó la Asociación Británica de la Franquicia; dicha asociación estableció normas relativas a la deontología profesional, avocándose a la creación de campañas de publicidad en los medios masivos de difusión para poder promocionar convenientemente la tipología comercial y operativa del contrato de franquicia.

Asimismo, la Asociación Británica se ha dedicado, desde su creación, a la asesoría tanto de particulares como de instituciones públicas en la implantación social de los métodos operativos y organizativos del contrato objeto de la presente investigación de tesis, organización de seminarios y conferencias, y manteniendo contactos con otras entidades internacionales del mismo género ¹⁵.

14. Loc. cit.

15. CARDELUS I. GASSIOT, *Lluís: op. cit.*, p.10.

En España, país en que el contrato de franquicia ha tenido un crecimiento sin precedentes en la última década, dicha institución jurídica es considerada como atípica y de reciente creación en el ámbito jurídico y económico, a pesar de que se tienen noticias de que la primera franquicia apareció a finales de la década de los años cincuenta, con la entrada de una firma francesa de lanas en el mercado español.

Es a partir de dicho momento, que en España la franquicia comienza su desarrollo, de una primera parte en la que con lentitud y, como mencionabamos, a partir de 1980 con un crecimiento impresionante; lo anterior con motivo de la apertura a las inversiones extranjeras y la caída, ya no tan reciente, del régimen dictatorial de Francisco Franco, quien limitaba grandemente la apertura española al extranjero ¹⁶.

En fechas recientes, y como consecuencia de la cada vez mayor práctica del sistema de franquicias, la UNIDROIT, decidió, en el transcurso de la 65a. Sesión de su Consejo Gubernativo, remitir a los gobiernos de los países miembros, así como a otras organizaciones mundiales interesadas, un cuestionario de tipo informativo sobre diversos aspectos del contrato de franquicia, con la finalidad de analizar las

16. Cfr. TEAM DE ECONOMISTAS DVE: op. cit., p. 12.

posibilidades de elaborar en la actualidad, un anteproyecto de convención internacional al respecto. Con ésto, se busca evitar la desuniformidad respecto a la legislación de los diversos países que reconocen y regulan al contrato de franquicia, debido a que se pueden crear múltiples confusiones entre los inversionistas ¹⁷.

Todavía más reciente es la expedición del Reglamento de la Comunidad Económica Europea Número 4087/88 de la Comisión, del 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea a categorías de acuerdo de franquicias. En dicho Reglamento, la Comunidad Económica Europea busca definir con claridad al contrato de franquicia así como a las partes y elementos que intervienen en él; y uniformar las políticas sobre los acuerdos de franquicia, otorgando la seguridad jurídica necesaria para ello.

Como se puede desprender de los párrafos anteriores, el contrato de franquicia ha tenido un éxito sin precedentes en Europa y los Estados Unidos de América. En la actualidad cada vez son más los negocios en Europa que encuentran, en el sistema de franquicias, una buena opción para su desarrollo

17. DIAZ BRAVO, Arturo: Contratos Mercantiles, 3a. edición, Ed. Harla, México, 1990, p. 136.

empresarial. Por lo mismo, no podíamos dejar de contemplar en el presente trabajo de investigación el desarrollo del multicitado contrato en los países que le dieron origen. Sirva pues, lo anterior, para poder tener una idea más clara del desarrollo y penetración de éste contrato en nuestro país, apartado que explicaremos con más detalle en el presente capítulo.

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS EN MEXICO

No podemos considerar que el contrato de franquicia haya tenido en realidad antecedentes históricos en nuestro país, toda vez que el desarrollo del mismo ha sido muy reciente. Muchas pueden ser las razones por las que éste contrato no ha tenido antecedentes históricos remotos, sin embargo, entre todas ellas podemos citar el hecho de que la inversión extranjera en nuestro país se ha encontrado severamente restringida hasta fechas recientes, cuando con motivo de la apertura a los capitales extranjeros que promovió la Administración del Lic. Miguel de la Madrid Hurtado y que ha continuado el Lic. Carlos Salinas de Gortari, se ha podido desarrollar y promover con mayor fuerza el contrato de franquicia en México, situación que nos lleva a un aumento de

las inversiones extranjeras en nuestro país, la generación de empleos, mayor productividad, etc.

Debemos mencionar, que en un primer momento, el contrato de franquicia al introducirse a México, se le ubicó como un contrato similar al de licencia de uso de marca y transferencia de tecnología, sin embargo, no tardaría mucho para que nuestros legisladores, al darse cuenta de la realidad que provocaba dicho contrato en la práctica mexicana, en el sentido de que su uso se había generalizado, lo ubicaran como un contrato nominado, si bien es cierto, que la relación entre las partes que intervienen en él, carecen, aún en la actualidad, de una regulación adecuada en lo que se refiere a la práctica y operación de la negociación mercantil que se otorga en franquicia.

Es por todo lo anterior, que podemos señalar que existen en nuestro país, desde hace algunos años, muchas empresas operando y desarrollándose bajo el novedoso sistema de franquicias. Estas empresas, tienen como común denominador el hecho de que también operan en el extranjero bajo este sistema. Sin embargo, su crecimiento en nuestro país no había sido pleno, porque, como ya mencionábamos, no existía un marco legal adecuado para su desarrollo, y la posibilidad de otorgar franquicias se regulaba, bajo un contrato muy especializado de

licencia de uso de marca y asistencia técnica, que no alcanzaba a cubrir todos los efectos y supuestos que trae aparejado el contrato de franquicia; por lo mismo, el inversionista extranjero se encontraba renuente a participar en dicha operación al carecer de una plena seguridad jurídica ¹⁸.

Es por todo lo anterior, que en nuestra opinión, la historia del contrato de franquicia en nuestro país, está determinada en cuanto a su éxito se refiere, en dos grandes etapas; siendo la primera de ellas una etapa de nacimiento y bajo desarrollo, y una segunda etapa de consolidación del ya referido contrato.

Podemos indicar que es a partir de 1985 cuando la historia del contrato de franquicia comienza en México. En dicho año, existían ya cinco empresas que otorgaban franquicias, la mayoría de las cuales se dedicaban a las actividades empresariales de servicios. El auge de éste contrato en México ha sido sumamente importante y expansivo, debido a la influencia que ha tenido el concierto mundial en nuestra

18. HUERDO LANGE, Juan: "A Competir con los Mejores", en Revista Expansión, México, Año 22, Vol. XXII, No. 554, noviembre 21, 1990, p. 136.

nación, ya que para el año de 1988, existían a nivel mundial, alrededor de 559 empresas que franquiciaban sus negocios ¹⁹.

En el año de 1987 se creó la Asociación Mexicana de Franquicias, A.C., teniendo como principal propósito, la creación, promoción y desarrollo de franquicias dentro de México.

Asimismo, busca dar asesoría e información veraz sobre el sistema del contrato de franquicia a pequeños y medianos empresarios que buscan en este sistema un medio para poder expandir sus negocios eficazmente o iniciar una nueva empresa independiente a la del franquiciante ²⁰.

Es a la Asociación Mexicana de Franquicias, A.C., la que podemos considerar como precursora del sistema de contrato de franquicia en nuestro país, ya que después de la creación de dicha asociación, surgieron otras como Consorcio de Franquicias, Sonabend & Asociados, Centro Internacional de Franquicias y Grupo Mexicano de Franquicias. Todas ellas con objetivos uniformes respecto a la implantación del contrato de

¹⁹. KOSTECKA, Andrew: Franchising in the Economy 1986-1988; citado por Javier Arce Gargollo: op. cit., p. 15.

²⁰. HUERDO LANGE, Juan: Sistema de franquicias, 1a. edición, Ed. Asociación Mexicana de Franquicias, México, 1989, p. 50.

franquicia en México, es decir, el fomento de su desarrollo y asesoría a empresarios.

Es el 9 de enero de 1990, fecha en la que nuestros legisladores, al advertir el incremento por lo que se refiere a la utilización y difusión del contrato de franquicia en México, decidieron contemplarlo como un contrato especial que posee características que lo distinguen perfectamente de otros contratos similares, al expedir el nuevo Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, por lo cual el multicitado contrato puede ser considerado, en nuestra opinión, como un contrato nominado.

Finalmente, y como conclusión al apartado de historia del contrato de franquicia en México, creemos conveniente señalar, que al momento de la presentación para su revisión del presente trabajo de investigación, había sido ya aprobada por la Cámara de Senadores, como cámara de origen, la iniciativa de Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial. Esta ley, al publicarse en el Diario Oficial de la Federación, abrogará el reglamento actual al que hicimos referencia en el párrafo anterior. Dicho ordenamiento contempla al contrato de franquicia como un convenio, incorporando el novedoso aspecto de obligar a quien la otorga, a proporcionar toda la

información relativa a su empresa a la persona a la cual concede la franquicia.

Es con base a lo expresado en párrafos anteriores, que la historia del contrato de franquicia en México, en cuanto a su reconocimiento, se encuentra dividido en dos épocas, antes y después de enero de 1990 y a la fecha, situación que otorga a los inversionistas extranjeros una mayor seguridad jurídica para poder otorgar en franquicia sus diversas empresas. En apoyo a lo anterior, podemos señalar que durante 1990, los contratos de franquicia se cuadruplicaron, estadística que muy probablemente se duplicará en el presente año de 1991 ²¹.

1.3 FUNCION ECONOMICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

1.3.1 VENTAJAS ECONOMICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En el mundo contemporáneo, es innegable la cada vez mayor influencia que tienen todas las ciencias y ramas del saber entre si. Esto, en nuestra opinión, nos ha llevado al hecho de que en la actualidad no existan ciencias o disciplinas totalmente autónomas. Aún más, los cambios e innovaciones que

²¹. HUERDO LANGE, Juan: "A Competir con los Mejores", p. 136.

una ciencia experimente están determinados en una mayor o menor medida, por la influencia que otra ciencia ejerza en ella.

Es por ello, que aún y cuando esta es una investigación de tipo jurídico, no podemos dejar de contemplar y mencionar algunos aspectos relevantes para la adecuada conformación del contrato de franquicia, para que, podamos lograr una mejor comprensión del mismo y sus efectos.

Uno de los principales aspectos de influencia para la conformación del contrato de franquicia es, sin lugar a dudas, el económico. Ya el Profesor Vivante indicaba a este respecto que no se podía realizar jamás el estudio de una institución jurídica sin conocer a fondo su estructura técnica y su función económica 22.

El punto de vista anterior, tiene especial relevancia cuando consideramos que el aspecto económico influye en la gran mayoría de las actividades humanas que se realicen; por ende, la construcción de una nueva institución jurídica debe ser, en cierta medida, la confluencia de diversos intereses económicos, así como la experiencia que dicha figura sufra en la sociedad y en el ánimo de cada uno de sus miembros, que surgen para la

22. VIVANTE, César: Derecho Mercantil; citado por Teresa Puente MUÑOZ: El Contrato de Concesión Mercantil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 21.

satisfacción de las necesidades de las partes que intervienen en el contrato.

El contrato de franquicia tiene implícita la satisfacción de necesidades. Por una parte la del empresario propietario de una marca de prestigio, con una técnica adecuada para el desarrollo y expansión de su red de negociaciones, y por la otra el pequeño y mediano empresarios con un capital moderado y sin la experiencia necesaria para desarrollarse con éxito en determinada rama comercial, pero con el deseo de participar en el desarrollo de esa poderosa marca. Juntos, buscarán abarcar diversos puntos en una zona geográfica prácticamente ilimitada, satisfaciendo las más diversas necesidades.

Así, el contrato de franquicia aparece como un nuevo método de concesión mercantil, entendido como el contrato de distribución, en una época, en que el pequeño comercio tradicional y la tienda familiar se encuentran en una grave crisis, toda vez que escasamente pueden competir ante las grandes empresas de comercio especializado. Ante esto, los pequeños comercios sólo tienen dos alternativas viables: adaptarse a la especialización comercial o desaparecer ²³.

23. BESCOS I., Modesto. Factoring y Franchising. Ed. Pirámide, Madrid, 1990, p. 119.

En vista de lo anterior, podemos indicar que el principal objetivo económico del contrato de franquicia es el poder desarrollar con éxito y rapidez una red de establecimientos con la misma marca, calidad y tecnología, especializándose en una rama de servicios a la sociedad, de lo que podemos desprender que difícilmente se darían franquicias múltiples, en el sentido de entender varios productos o servicios con un mismo contrato. Es así, que debemos señalar que el verdadero desarrollo del sistema de franquicias se da en la distribución comercial, suponiendo, para quien la otorga, una fórmula menos gravosa y más rápida de cobertura del mercado, y para quien la recibe, un aprendizaje y capacitación intensivas para el manejo adecuado de la negociación mercantil, así como una minimización de riesgos para la empresa que adopte dicho sistema ²⁴.

Como técnica de distribución y venta comercial, la figura de la franquicia permite, a nuestro juicio, incursionar ilimitadamente en diversos puntos geográficos, así como proceder a la presentación de bienes de distinta naturaleza a través de los más variados contratos.

24. TEAM DE ECONOMISTAS DVE: op. cit., p.p. 13 y 14.

Así, no son pocos los autores que coinciden en el hecho de que las características principales de tipo económico del contrato de franquicia son las siguientes: 25

1. RAPIDEZ CON INVERSION MINIMA

La persona que otorga la franquicia se apoya en la capacidad inversora de quienes la reciben, para la apertura de nuevos centros, complementada con un sistema de financiamiento adecuado.

2. IMAGEN DE MARCA

La clientela es atraída por la notoriedad de una marca. Con el apoyo de una publicidad de largo alcance, la multiplicidad de la enseña y de la imagen, fortalece y multiplica el poder de la marca.

3. ASISTENCIA PERMANENTE

Se crea un centro de asistencia y servicio mínimos, para todos los componentes o establecimientos de la red, y cuyo coste se reparte entre todos. De ésta forma, la información, asistencia técnica, estudios de mercado, etc., son asumidos por este centro, que puede actuar tanto de conexión y referencia como,

25. BECOS T., Modesto: op. cit., p.p. 120 y 121.

en su caso, de central de compras y abastecimientos.

4. PODER NEGOCIADOR

Una cadena de franquicias dispone de una capacidad de demanda y de compras reforzada, con las ventajas obvias a nivel de precios, rebajas, artículos de exclusiva, etc. Este poder negociador se traduce también al nivel de las relaciones con la banca o las compañías de seguros.

Asimismo, se coincide en diversas razones de su éxito en el comercio actual, de entre las cuales podemos destacar las siguientes: 26

1. NEGOCIO EXPERIMENTADO

Sólo pueden ser objeto de contratación en franquicia negocios que hayan sido probados dentro de un periodo suficiente.

No se trata, por tanto, de un simple proyecto de negocio o idea genial, ya que el exceso de velocidad en éste sentido llevaría a un resultado negativo.

26. *Ibidem*, p.p. 123 y 124.

2. NEGOCIO EN FRANQUICIA

No se trata de comercializar, vender o colocar productos o materiales, por buenos que éstos sean, ya que esto siempre ha existido en el negocio de la distribución o de la fabricación. Quien otorga la franquicia se interesa permanentemente por los resultados que obtenga quien recibe la franquicia.

3. DEMANDA DURABLE

No pueden franquiciarse negocios o empresas que carezcan de experiencia, que se basan en ideas o modas pasajeras.

El concepto del negocio de quien otorga la franquicia debe tener una trayectoria al menos relativamente durable.

4. ADAPTACION AL MEDIO

Quienes reciben la franquicia deben desarrollar el negocio en condiciones comparables a las que tuvo la fórmula de quien la otorgó.

5. NEGOCIO TRANSMISIBLE

El saber-hacer de quien otorga la franquicia es transmisible de forma estandarizada a quienes la reciben.

6. CAPACIDAD EMPRESARIAL

La gestión y el control de una cadena bajo franquicia requiere poseer una capacitación personal o de equipo empresarial, la posibilidad de rodearse de personal especializado.

Por nuestra parte, consideramos que el contrato de franquicia implica siempre alguna de las siguientes cuestiones de tipo económico y operativo, que a continuación desarrollaré:

1. El contrato de franquicia implica una mayor comercialización internacional, ya que mejora los sistemas tradicionales de importación y exportación de mercancías toda vez que se da la expansión internacional de una marca.

2. El contrato de franquicia implica un método de colaboración permanente entre las partes; situación que está más cerca de una sociedad mercantil que la de un contrato de compra-venta. Asimismo, permite utilizar con mayor eficacia los recursos ²⁷.

²⁷. PUENTE MUÑOZ, Teresa: El Contrato de Concesión Mercantil, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 26.

3. Optimiza la eficacia de las inversiones realizadas, toda vez que asegura para quien otorga la franquicia un rápido crecimiento con bajo costo de inversiones, mientras que para quien recibe la franquicia, implica una reducción de riesgos al adquirir una tecnología comercial ya experimentada.

4. En general, las empresas que otorgan las franquicias son multinacionales, con fuertes posibilidades económicas de realizar inversiones en productos de gran impacto comercial ²⁸.

5. El negocio que se otorga en franquicia, con frecuencia es acompañado de fuertes campañas publicitarias, así como de técnicas de mercadotecnia probadas en establecimientos franquiciados anteriores.

6. Existen buenos y adecuados servicios de mantenimiento de postventa para los consumidores, toda vez que el producto cuenta con una red de establecimientos que otorgan una misma calidad y un mismo servicio ²⁹.

Debemos señalar que además de las ventajas que el contrato de franquicia trae aparejadas para las partes principales,

28. Cfr. CARDELUS I. GASSIOT, Lluís: op. cit., p. 15.

29. PUENTE MUÑOZ, Teresa: op. cit., p. 29.

existen ventajas significativas para los consumidores finales, toda vez que se posee la garantía de encontrar la misma calidad en el mismo producto, con una mayor red de servicios, condiciones y opciones.

Por último, vale la pena mencionar que las operaciones con contratos de franquicia aparecen o se dan principalmente en economías desarrolladas, donde la producción de bienes y servicios se presenta en forma masiva y en las que los consumidores de estas mercancías exigen cierta uniformidad en los bienes demandados ³⁰.

1.3.2. DESVENTAJAS ECONOMICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Una vez efectuado el análisis de las que consideramos, las principales ventajas de tipo económico del contrato de franquicia, conviene señalar algunas desventajas del mismo, no sin antes indicar que creemos que las primeras superan ampliamente a las segundas, sin embargo, deberán determinarse tales inconvenientes para poder realizar un análisis completo de éste contrato.

30. ARCE GARGOLLO, Javier: op. cit., p. 19.

Debemos mencionar que, toda vez que el contrato de franquicia se basa, en nuestra opinión, en la confianza recíproca de las partes, se presentan múltiples problemas de afectación recíproca de intereses, tal es el caso de pérdidas en el negocio que se otorgó en franquicia. Así, consideramos que, el carácter dinámico que otorga el operar con el sistema de franquicias, implica, en ocasiones, incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato por cualquiera de las partes y nula posibilidad de exigencia de responsabilidades entre las mismas, ya que al otorgar en franquicia un negocio, se busca expandir considerablemente la red de establecimientos.

Por otra parte, se pueden presentar problemas respecto a situaciones monopólicas del negocio de franquicia, ya que el mismo implica un derecho de exclusividad, evitando, en muchas ocasiones, que otros empresarios lleguen a adquirir la posibilidad de un aprovisionamiento adecuado de los insumos necesarios para su desarrollo, debido al hecho de que el producto o servicio se encuentra disponible en una red limitada de opciones. Asimismo, implica restricciones para el empresario que recibe la franquicia, en el sentido de que en el contexto de una competencia leal, se encuentra impedido para dedicarse a actividades comerciales similares o conexas a la del negocio franquiciado. Es por ello, que nos podemos explicar el hecho de que el desarrollo de las franquicias en México no haya sido tan

acelerado como en otros países, ya que la legislación mexicana al respecto, es proteccionista, y busca que el nacional adquiera la tecnología con la finalidad de asimilarla y aplicarla a nuevas empresas mexicanas.

Con lo anterior, podemos señalar para las partes, los riesgos y desventajas siguientes: ³¹

1. PARA QUIEN OTORGA LA FRANQUICIA

- Se puede presentar la indisciplina del empresario que recibe la misma, ya que puede no observar los lineamientos y parámetros establecidos por el empresario que otorga la franquicia para su negocio.

- Desvanecimiento del espíritu de equipo que se debe dar para el adecuado desarrollo de la franquicia, no obstante que se trate de empresarios independientes.

- Incompetencia del empresario que reciba la franquicia, así como falta de credibilidad en el mismo.

³¹. GONZALEZ CALVILLO, Enrique: "Franquicias, el Arte de Reproducirse", en Revista Expansión, México, Año 22, Vol. XXII, No. 539, abril 25, 1990, p. 44.

- Selección equivocada del empresario al que se otorgará la franquicia o del lugar geográfico donde la misma se ejercerá.

2. PARA QUIEN RECIBE LA FRANQUICIA

- Margen limitado de independencia, toda vez que se le señalan determinadas condiciones y parámetros al mismo.

- Incumplimiento de las normas convenidas por parte de quien otorga la franquicia.

- Monitoreo permanente de las operaciones que realice quien recibe la franquicia por parte de quien la otorgue.

- Restricciones en la venta y en la transferencia del negocio.

A continuación, detallaremos algunos datos económicos del contrato de franquicia en México y en el Mundo.

1.3.3 DATOS ESTADISTICOS DE LA IMPORTANCIA ECONOMICA DEL
CONTRATO DE FRANQUICIA

No existe un consenso respecto a las fuentes que nos proporcionan datos estadísticos de la implantación del contrato de franquicia en el Mundo, sin embargo, su acentuado desarrollo es innegable en una gran mayoría de los países del orbe.

A éste respecto, conviene indicar que el desarrollo más importante del contrato de franquicia se ha dado en los Estados Unidos de América, país desde el cual, se han exportado la mayoría de las franquicias en el Mundo ³².

Así, las estadísticas en este país son las más elocuentes, a saber: ³³

1. A través del sistema de franquicias se vende una tercera parte de los bienes y servicios de consumo en los

³². ARCE GARGOLLO, Javier: op. cit., p. 14.

³³. RUDNIK, Lewis: op. cit.; citado por Javier Arce Gargollo, op. cit., p. 14.

Estados Unidos. En la actualidad, representa ya el 50% de las ventas al menudeo ³⁴.

2. Existen tres mil empresas que otorgan sus negocios en franquicia, de los cuales, mil son empresas de importancia.

3. Hay quinientos mil empresarios a los que se les otorgan negocios en franquicia.

4. El sistema de franquicias emplea en la actualidad a cerca de seis millones de personas.

5. La franquicia se utiliza por cerca de cincuenta diferentes industrias y establecimientos.

Asimismo, la exportación de franquicias en el mundo por parte de los Estados Unidos de América ha tenido un aumento considerable, pasando de 3,365 negocios franquiciados que había en 1971 a más de 32,000 a finales de 1986, siendo muy diverso su otorgamiento en los países, a saber: ³⁵

34. INFORME ESPECIAL: "Un Mundo de franquicias", en Revista Expansión, México, Año 22, Vol. XXII, No. 539, abril 25, 1990, p. 46.

35. Ibidem.

<u>PAIS Y/O</u> <u>REGION</u>	<u>NUMERO DE</u> <u>FRANQUICIAS</u>
- CANADA	9,544
- MEXICO	684
- CARIBE	579
- EUROPA	10,676
- ASIA	11,072
- OTROS	2,491
TOTAL	35,046

De entre los datos anteriormente señalados, reviste especial importancia la fácil implantación que ha tenido el contrato de franquicia en el continente asiático.

1.4 JUSTIFICACION DE ESTUDIO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Hemos dejado como parte final de este primer capítulo la justificación de estudio del contrato de franquicia, por considerar que era de suma importancia el poder poner de manifiesto su vertiginoso desarrollo en el mundo contemporáneo. De esta manera, su justificación de estudio se da por sí sola.

La figura jurídica del contrato de franquicia, responde en la actualidad a una nueva práctica que los empresarios modernos utilizan para poder extender su red de establecimientos. Así pues, al quedar de manifiesto la frecuencia de su uso y la

importancia que reviste en nuestra economía actual, su estudio resulta obligatorio, aún más, si tomamos en cuenta, que el contrato de franquicia ha sido objeto de escasa atención por nuestros legisladores hasta fechas recientes, en que se incluyó su concepto y práctica en el Reglamento de Transferencia de Tecnología del 9 de enero de 1990 y se que contemplará también en la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

Es dicha observancia por parte de nuestros legisladores, lo que justifica, en nuestra opinión, su estudio, ya que los mismos al darse cuenta de lo sui generis de su práctica, se vieron imposibilitados a encuadrarlo como una variante de algún otro contrato atípico, como el de concesión mercantil, o típico, como el de licencia de uso de marca, por lo que "decidieron" clasificarlo como un contrato con características y variantes muy particulares, que llevan a pensar necesariamente en el nacimiento de un nuevo contrato.

Por ello, consideramos que su importancia es tal, que dicha práctica por novedosa que fuera, no podía quedarse en el plano de un contrato atípico, sino que pasó a formar parte de la gama tan variada que tiene nuestro derecho de contratos contemplados por la legislación vigente.

Por último, es innegable la atracción que provoca la denominación de éste contrato, ya que para la gran mayoría de las personas que se adentran en su estudio, su denominación y elementos constituyen un campo de acción inexplorado, debido, en gran parte, a su muy reciente implantación y aceptación en nuestro país, aunado al hecho de la escasa producción doctrinaria que se presenta a nivel mundial respecto al contrato de franquicia, ya que si bien existen obras del mismo, éstas se refieren principalmente a aspectos económicos.

Pasemos ahora al estudio detallado de los elementos y partes integrantes del contrato de franquicia, no sin antes advertir que la problemática jurídica que plantea es compleja, y que en ningún caso se puede abarcar lo variado de dichas problemáticas, debido al hecho de su práctica tan generalizada y exitosa en nuestros días.

CAPITULO II.- CONCEPTO Y CLASIFICACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

2.1 TERMINOLOGIA USADA EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Antes de continuar con el análisis jurídico del contrato de franquicia, conviene precisar y definir la terminología empleada en el mismo, toda vez que ésta es muy variada, y al parecer, no existe un consenso sobre la terminología que deba utilizarse, tanto para el contrato, como para las partes que intervienen en él. A éste respecto, debemos mencionar que lo variado de la terminología obedece, en la mayoría de las ocasiones a la nacionalidad e idioma del país en donde se practica el estudio de la multicitada institución jurídica, así como a los diferentes significados que el término franquicia tiene en cada una de las naciones.

Después de realizar la consulta de diversos autores, consideramos, que entre los mismos existe la común opinión respecto al hecho de que la terminología franquicia, tiene sus antecedentes más remotos en la concepción norteamericana del franchising, país que ha dado origen, sin lugar a dudas, a éste novedoso sistema de transacciones mercantiles.

Así, podemos precisar, que el desarrollo del sistema de franquicias se ha dado a conocer y se ha desarrollado en el mundo, a través de la terminología norteamericana anteriormente indicada; dicha terminología nos da el significado y connotación verdadera respecto al contrato de franquicia, ya que en otros países, dicha terminología tiene un significado diferente al que se pretende desarrollar en la presente obra de investigación jurídica ³⁶.

La terminología a la cual se recurre para denominar a las partes que intervienen en el contrato de franquicia, es de manufactura norteamericana, ya que se les conoce como "franchisor" y "franchisee", para designar, respectivamente, a las partes que otorgan y reciben un negocio en franquicia ³⁷.

Para poder entender el por qué de la práctica tan generalizada del uso de la terminología norteamericana en el mundo, es necesario mencionar que en la inmensa mayoría de los países, el término "franquicia", o su traducción al idioma de la nación en donde se realice el estudio, significa un

³⁶. SANCHEZ CALERO, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil, Ed. Ediciones de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, p. 433.

³⁷. VICENT CHULIA, Francisco: Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Tomo II, 2a. edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, p. 314.

privilegio de tipo fiscal, por el cual se exenta a una persona de pagar impuestos por la importación de determinados productos. En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define la voz franquicia como "libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público" 38.

Esta acepción del Diccionario de la Lengua Española, también implica una exención de pago hasta determinados kilogramos por transporte aéreo.

No encontramos en México, ningún diccionario de tipo jurídico que defina de alguna manera la voz franquicia, y los diccionarios de tipo general que se consultaron a éste respecto, otorgan una acepción similar a la establecida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; sin embargo, el término franquicia corresponde en el Derecho Mexicano al Derecho Aduanero, que implica también determinadas exenciones de tipo fiscal 39.

38. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, Voz Franquicia 19ª. edición, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970.

39. ARCE GARGOLLO, Javier: op. cit., p. 36.

Es por ello, que debemos considerar que el término "franquicia" proviene de la traducción al castellano del término anglosajón "franchise", que posee la conotación necesaria para comprenderlo cabalmente dentro del marco de la presente investigación. Por lo demás, y con excepción de algunos autores españoles como lo sería Lluís Cardelús I. Gassiot en su obra El Contrato de Franchising en la que utiliza terminología norteamericana, podemos advertir que es cada vez más común la utilización del vocablo franquicia en el sistema de derecho hispano-americano, toda vez que se ha buscado darle un sentido que vaya de acuerdo a la situación del país en el que se desarrolla, lo que se traduce en poder evitar adecuadamente las diversas confusiones, que con motivo de la terminología empleada, se traducen.

Sin embargo, a nivel mundial, e incluso en países como Italia y Francia, la terminología que se emplea es la de "franchising", y a las partes se les conoce como "franchisor" y "franchisee"; es así, que diversas asociaciones internacionales de juristas como lo sería el caso de la International Bar Association, han creado una terminología internacional para el contrato de franquicia, elaborando un Lexicon of Franchising Terms 40.

40. CARDELUS I. GASSIOT, Lluís: op. cit., p. 12.

Por otra parte, debemos considerar que el término franquicia puede tener diversas acepciones en lo relativo al aspecto jurídico de ésta institución, a saber: ⁴¹

a) Franquicia como el derecho a explotar un negocio. Como el privilegio o la concesión que se otorga a determinada persona en torno a la explotación de un negocio ya establecido y exitoso.

b) Franquicia como el establecimiento o lugar concreto donde se desarrollan las actividades de la empresa mercantil.

c) Franquicia como el contrato de que se trata, por virtud del cual se crean diversos derechos y obligaciones para las partes que intervienen en el mismo.

En nuestra opinión, consideramos adecuado el uso de la palabra franquicia, toda vez que dicho término es aceptado y contemplado por nuestra legislación, al incluirse en la terminología usada en los artículos 23 a 26 del Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de

41. ARCE GARGOLLO, Javier: op. cit., p. 35.

enero de 1990, y más recientemente, en la iniciativa de Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial. A éste respecto, y con la finalidad de darle el sentido que se busca en la presente investigación, consideramos que para evitar confusiones, se debe agregar al término franquicia, la palabra contrato.

Denominaremos a las partes como franquiciante, para entender a la persona que otorga la franquicia, y como franquiciatario a la persona que recibe el negocio en franquicia. Considero inapropiado el uso de los términos que la ley establece como proveedor y adquirente para designar a las partes, toda vez que los mismos son insuficientes para poder comprender todos los elementos que constituyen el contrato de franquicia, ya que dichos términos son empleados en otros contratos similares como lo sería el de know-how, por lo que si se busca darle características especiales y autonomía a éste contrato, consideramos que se debe empezar por la terminología del mismo. Tampoco es conveniente ni acertado usar los términos "licenciante" y "licenciatario", ya que los mismos hacen sólo referencia a uno de los aspectos del contrato de franquicia, o sea, al marcarío.

Es por ello, que sugerimos la "castellanización" de la terminología, a fin de evitar confusiones por lo que hace a la designación de las partes contratantes ⁴².

A este respecto, es necesario precisar que la terminología utilizada para designar a las mismas es muy variable, por lo que en algunas obras se les podrá designar como "franquiciador" y "franquiciado", sin embargo, en cualquier caso su significado es el mismo: por una parte, la persona que otorga la franquicia, y por la otra, quien la recibe.

Por último, y no obstante lo anterior, sabemos bien que las cuestiones terminológicas siempre suscitan problemas entre los estudiosos de determinada institución, por lo mismo, y por considerarla como la más adecuada por las razones antes descritas, utilizaremos en la presente investigación la terminología de "contrato de franquicia", para referirnos a la institución jurídica, objeto de estudio, y de "franquiciante" y "franquiciatario" para referirnos a las partes que intervienen en el mismo.

42. CARDELUS I. GASSIOT, *Lluís: op. cit.*, p. 13.

2.2 CONCEPTO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

La tarea consistente en la conceptualización precisa de un contrato siempre resulta difícil. Aún más, si el contrato que se pretende conceptualizar contiene elementos sumamente complejos y especiales, difíciles de integrar en una definición; sin embargo, consideramos que el dar u obtener un concepto de lo que se estudia es imprescindible para cualquier investigación de tipo jurídico, toda vez que el mismo, facilita la comprensión cabal de la institución jurídica que se analiza.

Es por lo anterior, que a continuación nos permitiremos citar diversas posiciones respecto al concepto del contrato de franquicia, para posteriormente dar una definición de cuño propio.

Así, podemos mencionar a los siguientes autores:

A) Para Javier Arce Gargollo, "El contrato de franquicia-licencia o concesión- es aquel por el que el licenciante o concedente otorga al licenciatarío o concesionario, el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, a una empresa o negociación mercantil de servicios y productos en ambos casos, mediante la transmisión

de conocimientos técnicos y el uso de marca(s) y nombre(s) comercial(es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación" 43.

El concepto que da el Lic. Javier Arce Gargollo, nos parece bastante amplio, encuadrándose en él todos los elementos del contrato, sin embargo, estimamos que no se hace referencia a las partes que en el intervienen, o sea, al franquiciante y al franquiciatario, confundiéndolos con los de licenciante y licenciario o concedente y concesionario, lo que induce al lector a pensar, que el contrato de franquicia no es más que una variante del contrato de licencia de uso de marca o de concesión mercantil. Baste con indicar que el contrato de licencia de marca no implica la transferencia de tecnología y el contrato de concesión mercantil no da derecho a la marca ni a la asistencia técnica.

B) Para el Black's Law Dictionary, el contrato de franquicia es "una licencia que otorga el dueño de una marca o nombre comercial, permitiendo a otro vender productos o servicios al amparo de la marca o nombre comercial; por el contrato de franquicia, el franquiciatario consiente en llevar un negocio o vender un producto o servicio de acuerdo con los procedimientos y métodos indicados por el franquiciante, quien

43. ARCE GARGOLLO, Javier: op. cit., p. 36.

consiente en dar asistencia al franquiciatario a través de publicidad, promoción y otros servicios de asesoría" 44.

Para el diccionario jurídico estadounidense, el término franquicia denota el significado buscado en la presente investigación, el cual nos parece completo, ya que abarca la totalidad de los elementos del contrato.

C) Para Benedito Francés, el contrato de franquicia es un "sistema de colaboración entre dos empresas diferentes, pero ligadas por un contrato en virtud del cual, una de ellas concede a la otra, mediante el pago de una cantidad y bajo condiciones bien determinadas, el derecho de explotación de una marca o fórmula comercial representadas por un símbolo gráfico o un emblema y asignándole al mismo tiempo una ayuda y unos servicios regulares destinados a facilitar esta explotación" 45.

Consideramos dicho concepto como acertado, sin embargo, en dicha definición, se habla del sistema y no del contrato, lo cual puede llevar a confusiones, toda vez que el primero no

44. BLACK'S LAW DICTIONARY: Voz Franquicia, Traducción de Miguel Angel Garza Castañeda, 5a. edición, E.U.A., 1979.

45. FRANCES, Benedito: Los Contratos Mercantiles ante el Derecho Europeo, citado por Lluís Cardelús I. Gassiot: op. cit., p. 23.

implica al segundo. Lo anterior debido al hecho de que el sistema de franquicias se compone de la operación, y el contrato hace referencia al aspecto jurídico.

D) Para José R. Cano Rico, el contrato de franquicia es "un contrato de arrendamiento de bienes y servicios con la cesión en uso de no sólo bienes materiales, sino también de propiedad inmaterial" 46.

En nuestra opinión, la definición antes transcrita contiene elementos novedosos como es el considerar al contrato de franquicia como un arrendamiento y a la marca como propiedad inmaterial.

E) Para Arturo Díaz Bravo, el contrato de franquicia es una imprecisa variante de la concesión, indicando que todas las definiciones que existen conceptualizan al contrato de manera diferente 47.

Como vemos, el Lic. Díaz Bravo no da un concepto en sí mismo del contrato de franquicia, ya que lo asimila al contrato de concesión mercantil, situación que nos impide pensar en el

46. CANO RICO, José R.: Manual Práctico de Contratación Mercantil, Tomo I, Ed. Tecnos, Madrid 1989, p. 384.

47. cfr. DIAZ BRAVO, Arturo: op. cit., p. 247.

contrato de franquicia como una figura jurídica novedosa. Por lo mismo, consideramos un tanto cuanto limitada la aportación de este autor.

F) Para la Generalitat Valenciana, el contrato de franquicia es, desde un punto de vista jurídico "un contrato por el que una empresa (franquiciador) concede a otra u otras empresas independientes (franquiciado), en contraprestación a una remuneración, el derecho a ser representada bajo su razón social y su marca para vender productos o servicios ofrecidos de una manera original y específica, de acuerdo con unas técnicas comerciales uniformes anteriormente experimentadas y en continua adaptación" 48.

Como vemos, éste concepto contempla el hecho de que la asistencia técnica que se preste deba ser anteriormente probada, con lo que se garantiza el éxito del nuevo negocio otorgado en franquicia. Sin embargo, dicha manifestación de la eficacia de la asistencia técnica se visualiza en el éxito del negocio o empresa que se otorga en franquicia.

G) Para Enrique González Calvillo, la franquicia es "un sistema de distribución de bienes y servicios en el cual una

48. GENERALITAT VALENCIANA: Guía de la Franquicia, Editado por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, Valencia, 1988, p. 135.

organización (franquiciante), cede contractualmente, y por un tiempo determinado, el derecho de vender o utilizar su tecnología y/o su marca a esta organización (franquiciatario)" 49.

Consideramos que el contrato de franquicia puede ser por tiempo indeterminado, siempre y cuando exista el consenso en tal sentido entre las partes contratantes.

H) Para Team de Economistas DVE, el contrato de franquicia consiste básicamente "en un contrato entre dos empresas, -el franquiciador y el franquiciado- según el cual, el primero ofrece al segundo la venta en exclusiva de sus productos ofreciéndole, además, ciertos servicios de asesoría y el segundo se compromete a realizar ciertas inversiones en local, diseño del punto de venta, compra de géneros o productos, etcétera." 50.

"Pensamos que esta definición más que referirse al contrato de franquicia, se refiere al contrato de concesión mercantil, toda vez que no se considera el aspecto de licencia de uso de marca ni el de transferencia de tecnología dentro del concepto,

49. GONZALEZ CALVILLO, Enrique: op. cit., p. 37.

50. TEAM DE ECONOMISTAS DVE: op. cit., p. 18.

los cuales y como sabemos son indispensables en el otorgamiento de una franquicia.

I) Para Lluís Cardelús I. Gassiot, el contrato de franquicia en España es "un contrato mercantil atípico, bilateral y sinalagmático, por el que una de las partes, franchisor, cede a la otra, franchisee un producto, unos conocimientos técnicos para la explotación de aquel y un asesoramiento constante y, en contraprestación, percibe del franquiciado un precio inicial más un porcentaje sobre sus ventas, o sólo éste último" 51.

Nuevamente se olvida el aspecto de licencia de marca en este concepto, sin embargo, y por otra parte, la mencionada definición contiene la mayoría de los elementos del contrato de franquicia, incluyendo la contraprestación del mismo.

J) Para William L Siegel, el contrato de franquicia es "una simbiosis de contratos, por el cual un propietario independiente, denominado como franquiciante, licencia a un empresario independiente denominado como franquiciatario, la venta de un producto o servicio en determinada área. El

51. CARDELUS I. GASSIOT, *lloc. cit.*, p. 26.

franquiciatario generalmente paga una comisión inicial por la exclusiva, más un porcentaje sobre las ventas" 52.

En este caso, el autor asocia la licencia de venta con la marca. A éste respecto, recordemos que ésta no sólo estará presente en los productos o servicios que se ofrezcan, sino que la totalidad de la negociación mercantil tendrá como marca la que se otorga en franquicia.

K) Para Fernando Sánchez Calero, el contrato de franquicia es "una modalidad especial de la concesión, que se produce cuando el contrato va dirigido a que el concesionario utilice los signos distintivos del concedente y a que, bajo las instrucciones precisas de éste, colabore en la elaboración y venta de los productos, o bien en la prestación de determinados servicios. El concesionario ha de cargar con los costos de la organización de su negocio y con el riesgo de su empresa, a pesar del control que sobre él ejerce el concedente" 53.

En este concepto es criticable el hecho de que el contrato de franquicia es considerado como una variante del contrato de concesión mercantil, sin embargo, emplea una terminología

52. SIEGEL L., William: Franchising, traducción del inglés por Miguel Angel Garza Castañeda, Ed. Wiley Press Book, Nueva York, 1988, p. 8.

53. SANCHEZ CALERO, Fernando: op. cit., p. 433.

genérica para designar los aspectos y signos distintivos de la negociación.

L) Para Francisco Vicent Chulia, el contrato de franquicia es "en cierto modo un contrato de concesión comercial, ya que el distribuidor compra y revende. Aparece modalizado por la autorización que el concedente o "franchisor" da al concesionario o "franchisee" para utilizar su marca, generalmente una marca internacional, lo integra en su red de comercialización junto a otras "franchisees" y le presta asistencia técnica en la organización de su establecimiento y en la actividad de "package", presentación del producto, promoción de ventas y publicidad, distribución, etc." 54.

Creemos que la definición anteriormente señalada es sumamente confusa y complicada, por lo que su comprensión se hace difícil; además, dentro de la parte integrante de la definición la misma, se mezclan términos cuyo origen se encuentra en diversos idiomas.

Como observamos, en la mayoría de las definiciones dados se manejan alguno o algunos de los elementos integrantes del contrato de franquicia, sin embargo, la inclusión de éstos es aislada y no conjunta en la mayor parte de las definiciones

54. VICENT CHULIA, Francisco: op. cit., p. 314.

citadas. Asimismo, debemos mencionar que los conceptos se encuentran fuertemente influenciados por la nacionalidad, así como por las circunstancias socio-económicas de los países a los que pertenecen los autores que se citan, por lo que difícilmente se podrá lograr un consenso al respecto a nivel internacional.

Por su parte, nuestro actual Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, define al contrato de franquicia como sigue: 55

Art. 23.- Se entenderá como un acuerdo de franquicia, aquel en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmita conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica, en los términos de los incisos a) (la concesión del uso o autorización de explotación de marcas), f) (la cesión o autorización de uso de nombres comerciales), g) (la transmisión de conocimientos técnicos mediante

55. Art. 23 del REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE EL CONTROL Y REGISTRO DE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA Y EL USO Y EXPLOTACION DE PATENTES Y MARCAS, 15a. edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 325.

planos, diagramas, modelos, instructivos, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal y otras modalidades) y h) (la asistencia técnica, en cualquier forma que ésta se preste) del artículo 2o. de la Ley (Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas), con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor, independientemente de algún otro de los supuestos que marca el precepto ya citado.

Del análisis de la definición que nos proporciona el Reglamento de Transferencia de Tecnología vigente, podemos desprender que la misma cuenta, en nuestra opinión, con todos los elementos que conforman el contrato de franquicia; sin embargo, se incurre en el error de no referirse a las partes de acuerdo a la terminología usada para denominar al contrato.

Ahora bien, aun y cuando no ha sido todavía publicada la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, y partiendo del supuesto que su reglamento, al cual la ley se refiere constantemente y el cual no ha sido presentado ni como

iniciativa, consideramos conveniente el citar la definición que sobre el contrato de franquicia da el nuevo ordenamiento.

Art. 142.- Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

Como vemos, la definición contemplada en el nuevo ordenamiento es prácticamente idéntica a la del reglamento, poniendo ésta nueva, especial énfasis en el aspecto marcario como elemento primordial del contrato de franquicia.

Por nuestra parte, consideramos que una definición apropiada del contrato de franquicia sería la siguiente:

El contrato de franquicia es aquel por el cual, una persona denominada franquiciante, transmite a otra, denominada franquiciatario, la licencia de uso de una marca y/o de un

nombre comercial, con la finalidad de que realice su explotación exclusiva a través de la venta o distribución del producto o servicio que la marca implique, mediante el soporte de la asistencia técnica que el franquiciatario requiera, quien a su vez, se obliga a pagar una contraprestación a la firma del contrato y/o un porcentaje de las ventas que realice.

Así, podemos desprender del concepto antes indicado las siguientes características:

1. Hablamos de un contrato, es decir, de un acuerdo de voluntades entre personas capaces para adquirir derechos y contraer obligaciones.

2. En dicho contrato, es parte esencial la licencia de uso de marca o de un nombre comercial, toda vez, que dicha marca constituye un elemento de prestigio y exitoso desarrollo de la nueva negociación que se transmite en franquicia.

3. El contrato de franquicia es exclusivo, es decir, otorga al franquiciatario la seguridad de que la explotación de la negociación mercantil no se encontrará obstaculizada por terceros de la misma marca dentro de un área geográfica determinada.

4. El franquiciatario cuenta con la constante asistencia técnica del franquiciante, a fin de explotar convenientemente la marca y la negociación mercantil que se les otorgan en franquicia, ya que se busca que el éxito del negocio franquiciado continúe con los nuevos franquiciatarios y no se caiga en el demérito del mismo.

5. El franquiciatario se obliga a pagar determinada contraprestación que puede consistir en un pago único a la firma del contrato o bien en un porcentaje sobre las ventas, o ambos.

6. En el contrato se busca la permanencia entre las partes, es decir, se trata de un contrato a largo plazo, toda vez que no es conveniente la ruptura entre los firmantes puesto que se atentaría contra el principio de buena fé establecido entre las mismas al no permitir que el franquiciatario amortice su inversión ⁵⁶.

7. Más que un contrato de compraventa o de concesión mercantil, es un contrato de "asociación", ya que se da una colaboración permanente entre las partes, buscando desarrollar la marca, su éxito y cada vez mayores ventas y utilidades.

56. ARCE GARGOLLO, Javier: op. cit., p. 38.

Como vemos, el contrato de franquicia posee determinados elementos que permiten su adecuada conformación, como lo serían la marca o nombre comercial y la asistencia técnica o transferencia de tecnología. Dichos elementos serán sólo citados por el momento, ya que los mismos forman parte del objeto del contrato, los cuales analizaremos en el apartado respectivo. Sin embargo, su sola mención nos permitirá comprender con mayor claridad y amplitud su clasificación que a continuación desarrollaremos.

2.3 CLASIFICACION JURIDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Siempre resulta controvertido, el dar la clasificación jurídica de un contrato; frecuentemente, los autores que nos brindan una clasificación respecto de un contrato no coinciden con la clasificación dada por otro autor. Lo anterior, debido al hecho de que las circunstancias bajo las que se entienden determinados términos jurídicos son variables dependiendo de la nacionalidad del tratadista.

No obstante, consideramos que la clasificación jurídica de un contrato es de primera importancia para poder conocer,

cuando menos en forma genérica, las principales características de la figura jurídica que se estudia.

A continuación daremos, la clasificación que a nuestro juicio, consideramos la más apropiada del contrato de franquicia, profundizando y justificando la misma con base en la doctrina existente.

Así, tenemos que el contrato de franquicia puede ser clasificado como sigue:

1. ES UN CONTRATO MERCANTIL

A éste respecto, debemos considerar que nuestro sistema jurídico de derecho privado se divide en derecho civil y derecho mercantil, por lo que diversas figuras jurídicas encajan en cada una de las disciplinas jurídicas antes mencionadas. Sin embargo, cabe mencionar la enorme afinidad de ambas disciplinas del derecho privado, lo que plantea problemas en sus relaciones ⁵⁷.

Para poder conocer la mercantilidad o no de un contrato debemos tomar como base la clasificación de actos de comercio,

57. MANTILLA MOLINA, Roberto L.: Derecho Mercantil, 24ª edición, Ed. Porrúa, México, 1987, p. 25.

es decir, la delimitación del derecho mercantil se realiza en función a los actos de comercio, a los que se les da un tratamiento especial ⁵⁸.

Ahora bien, qué podemos considerar como actos de comercio en el derecho mexicano. Nuestra legislación mercantil, nos indica en el artículo 75 del Código de Comercio lo que se entiende como actos de comercio, sin embargo, no es la única legislación en donde se les da el carácter mercantil a los actos que se realizan, ya que también se les da dicho carácter a las fianzas, a los títulos y operaciones de crédito.

Así, respecto a los actos de comercio, podemos realizar una clasificación que atienda a lo siguiente:

a) Actos de Comercio atendiendo al sujeto: Es decir, si los elementos personales que intervienen en el contrato son comerciantes o banqueros.

b) Actos de Comercio atendiendo al fin o motivo: Los que se refieren a fines de especulación y lucro.

58. GARRIGUES, Joaquín: Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 2a. edición, Ed. Porrúa, México, 1987, p. 138.

c) Actos de Comercio atendiendo al objeto: Aquellos actos que tienen por objeto cosas, bienes y derechos de tipo mercantil.

Una vez determinada la relevancia del acto de comercio como delimitador del derecho mercantil, podemos concluir, que el contrato de franquicia es mercantil por lo siguiente:

a) En cuanto a los sujetos: Tanto el franquiciante como el franquiciatario son comerciantes; en un caso se trata de un comerciante prestigiado y establecido, y en el otro, de un comerciante en vías de consolidación, y ambos buscan realizar determinado acto (venta, servicio) de manera habitual.

b) En cuanto a los fines que persiguen: Es claro que las partes en el contrato de franquicia buscan la especulación y el lucro, ésto es, en simples términos, ganar más dinero del que inviertan con la operación de franquicia.

c) En cuanto al objeto: Porque el objeto mediato del contrato de franquicia puede ser tan amplio que en ocasiones se pueden dar en franquicia cosas mercantiles, piénsese por ejemplo, en el otorgamiento en franquicia de determinada marca de yates.

2. ES UN CONTRATO NOMINADO Y ATIPICO

Nominado, porque el mismo es regulado en los artículos 23 a 26 de nuestro Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas. Por otra parte, también está regulado en la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

A éste respecto, estamos de acuerdo con lo que indica el Dr. Francisco Lozano Noriega en cuanto al contrato nominado, indicando que es aquel que ha sido objeto de una reglamentación legal ⁵⁹.

Ahora bien, de acuerdo a lo que indica el Lic. Javier Arce Gargollo ⁶⁰, el contrato de franquicia es atípico porque no está regulado en la legislación mexicana en cuanto a la relación de derecho privado entre las partes contratantes. Por nuestra parte consideramos que es atípico porque los efectos del mismo se producen en función de otros contratos, como lo

⁵⁹. LOZANO NORIEGA, Francisco: Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos, 5a. edición, Editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1987, p. 37.

⁶⁰. Cfr. ARCE GARGOLLO, Javier: op. cit., p. 40.

serían el de licencia de uso de marca o el de transferencia de tecnología.

3. ES UN CONTRATO BILATERAL O SINALAGMÁTICO

Porque es un contrato en el que las partes tienen un doble carácter: Al mismo tiempo son acreedores y deudores; es decir, produce obligaciones recíprocas para ambos contratantes (art. 1836 del Código Civil para el Distrito Federal)

Lo anterior implica que debe haber una estrecha interdependencia de la obligación de una parte y de la obligación de la otra, ya que si una de las partes no cumple o no puede cumplir con la prestación a su cargo, la otra parte podrá ser relevada del cumplimiento de la prestación a su cargo, de acuerdo a lo que señala el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal ⁶¹.

Siempre existirá un franquiciante y un franquiciatario que tienen derechos y obligaciones recíprocas, de acuerdo a lo que se establezca en el contrato respectivo.

⁶¹. SANCHEZ MEDAL, Ramón: De los Contratos Civiles, 9ª. edición, Ed. Porrúa, México, 1988, p.p. 114 y 115.

4. ES UN CONTRATO DE TIPO MIXTO O COMPLEJO

Porque el contrato de franquicia implica prestaciones u obligaciones que derivan de diversas especies de contratos. Así, el contrato de franquicia puede estar integrado por un contrato de licencia de uso de marca y/o por un contrato de transferencia tecnológica o asistencia técnica, además de las prestaciones inherentes al propio contrato de franquicia.

5. ES UN CONTRATO ONEROSO

Lo que implica que entre los contratantes existe una reciprocidad en cuanto a los provechos, respecto a las ventajas y también en cuanto a las cargas o gravámenes ⁶².

Esto es, de acuerdo a lo que dispone el artículo 1837 de nuestro Código Civil, "es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos;...".

6. ES UN CONTRATO A LARGO PLAZO O DE TRACTO SUCESIVO

Debido a que las contraprestaciones y obligaciones del contrato de franquicia se dan en un periodo prolongado; es

62. LOZANO NORIEGA, Francisco: op. cit., p. 17.

decir, no es un contrato de ejecución instantánea porque el objeto del mismo no se extingue en un sólo momento.

Por otro lado, el motivo determinante de la voluntad de las partes en la celebración de éste tipo de contrato se da en base a la permanencia, lo que quiere decir que se establecerá una relación contractual duradera, debido a lo caro y problemático de su establecimiento, ya que el franquiciatario requiere de múltiples inversiones para ello.

7. ES UN CONTRATO PRINCIPAL

En contraposición al contrato de tipo accesorio que se refiere más bien a contratos de garantía. El de franquicia no depende de ningún otro para su celebración.

Así, y tomando la idea del Lic. Javier Arce Gargollo ⁶³ de contrato de tipo preparatorio, debemos considerar a los contratos de licencia de uso de marca y de transferencia de tecnología como de tipo preparatorio, ya que para que se celebre el contrato de franquicia, es necesario que sus elementos principales estén previamente registrados y puedan ser transmisibles.

⁶³. ARCE GARGOLLO, Javier: Contratos Mercantiles Atípicos, 2a. edición, Ed. Trillas, México, 1989, p. 178.

8. ES UN CONTRATO INTUITU PERSONAE

Lo que se busca en este tipo de contrataciones, es la solvencia moral y económica de las personas, ya que el contrato de franquicia se basa en la confianza que existe entre las partes; esto es, que no se entrega en franquicia un contrato si no existe una confianza reciproca de las partes, debido a que los intereses en juego son muy altos.

9. ES UN CONTRATO DE TIPO FORMAL

Lo cual significa que no basta que exista el acuerdo de voluntades o consentimiento entre las partes para que el contrato se perfeccione y produzca todos sus efectos, sino que es menester que para que su perfeccionamiento ocurra, que exista una determinada formalidad establecida en la ley ⁶⁴.

Esto, tiene por finalidad el otorgar una mayor seguridad a las partes contratantes, ya que, de lo contrario, se podrian llegar a presentar franquicias de tipo "pirata".

En el caso del contrato de franquicia, el mismo requiere celebrarse por escrito, para que pueda ser inscrito en la

⁶⁴. LOZANO NORIEGA, Francisco: op. cit., p. 41.

Dirección General de Invenciones, Marcas y Desarrollo Tecnológico, así como en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

Bajo este supuesto, la inscripción que se realiza en dicha dirección y registro, es una formalidad que le da validez al contrato ⁶⁵.

10. ES UN CONTRATO DE COLABORACION

Debido a que las partes contratantes están más cerca de una "asociación" entre ellas que de un contrato de compraventa, es decir, se da la integración entre el franquiciante y el franquiciatario, debido a que se persiguen los mismos intereses.

Esto es, los comerciantes involucrados se interesan los unos en las operaciones de los otros, debido al beneficio recíproco que esto trae consigo ⁶⁶.

Como hemos podido desprender de la clasificación antes mencionada, el contrato de franquicia es complejo y posee

⁶⁵. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de franquicia..., p. 40.

⁶⁶. BROSETA PDMT, Manuel: Manual de Derecho Mercantil, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 332.

características muy peculiares, las cuales rebasan las previsiones, efectos y obligaciones que se desprenden de la mayoría de los contratos mercantiles conocidos.

En el apartado siguiente, expondremos la tipología de esta institución, es decir, se explicarán los distintos tipos de contratos de franquicia que existen.

2.4 TIPOLOGIA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En relación a la tipología del contrato de franquicia, explicaremos las clases o subcategorías que del mismo existen o se nos presentan, no sin antes advertir, que aunque bajo distinta denominación, hay consenso entre los autores que tratan el tema, pues si bien es cierto, que en algunas ocasiones las clases ya mencionadas se complementan por alguna otra, ésto depende de las prácticas prevalecientes en determinado país.

Antes de analizar las clases del contrato de franquicia, consideramos pertinente señalar que el contrato objeto de estudio se constituye por una simbiosis o mezcla de diversos orígenes y efectos de contratos; por lo mismo, en cada una de

las clases existen funciones y operaciones inherentes exclusivamente a la clase tratada.

Así, procederemos a analizar desde un punto de vista pragmático y operativo las distintas clases de contratos de franquicia, conociendo de antemano la ayuda que ésta tipología nos brinda para la ubicación de las diversas franquicias existentes en la actualidad. Así, su tipología se puede realizar atendiendo a lo siguiente:

1. DE ACUERDO AL SECTOR DE ACTIVIDADES DEL FRANQUICIANTE

a) Franquicia de Producto y Marca: En éste tipo de franquicias, el franquiciante realiza la fabricación de los productos que distribuye a los franquiciatarios. Como existe una fuerte relación e identificación entre las partes, el primero autoriza al segundo a utilizar sus marcas tras superar los controles de calidad impuestos por el primero. Podemos citar por ejemplo los restaurantes de comidas rápidas.

Este tipo de franquicias es utilizada mayormente por fuertes grupos industriales que la consideran como el medio más rentable para promocionar, distribuir y controlar eficazmente sus productos ⁶⁷.

67. GENERALITAT VALENCIANA: op. cit., p. 40.

b) Franquicia de Distribución: Aquí es el propio franquiciante quien selecciona sus productos que son fabricados por diferentes empresas independientes, para que sean revendidos y distribuidos a sus franquiciatarios mediante la aportación de una marca. Debemos mencionar que en la distribución secundaria que es la que se realiza de franquiciatario a clientela, existen especificaciones sobre la misma. Ejemplo: venta de automóviles, alimentación, imprentas, etc.

En éste apartado, conviene distinguir a la franquicia de distribución impropia, en la que los franquiciatarios pueden aprovisionarse de otros proveedores, y no necesariamente y exclusivamente del franquiciante ⁶⁸.

c) Franquicia de Servicios: En éste caso, el franquiciante no vende productos pero sí ofrece fórmulas para la explotación de servicios. El otorgamiento de la franquicia bajo éste esquema, requiere de una metodología especial, toda vez que la clientela busca el servicio preferente que se le presta. Como ejemplos de éste tipo de franquicias, podemos citar a la hotelaria, arrendamiento de automóviles, restaurantes, etc.

68. CARDELUS I. GASSIOT, *Lluís*: op. cit., p. 37.

d) Franquicia Industrial: Esta modalidad de la franquicia se presenta cuando el franquiciante se asocia a otras industrias que fungirán como franquiciatarios, para que fabriquen sus propios productos bajo licencia, beneficiándose los segundos de la tecnología, marca y ayuda técnica que los proporcione el primero, así, podemos citar como ejemplo a la industria llantera.

e) Franquicia Mixta: En la que se combinan cualquiera o varios de los tipos anteriores de franquicias, añadiéndose algún otro tipo, por ejemplo, franquicia artesanal, agrícola, inmobiliaria, ganadera, etc. En éste caso, la franquicia se presenta como sumamente versátil.

2. EN FUNCION A LA EXCLUSIVA Y ESPACIO GEOGRAFICO EN QUE EL FRANQUICIATARIO EJERCE SU DERECHO ⁶⁹

a) Franquicia Unitaria: El franquiciatario tiene derecho a abrir un sólo negocio por la franquicia otorgada y limitándose, de manera geográfica, a una área determinada, por ejemplo, Domino's Pizza.

⁶⁹. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia....., p. 23.

b) Franquicia Múltiple: Son franquicias particularmente dinámicas y emprendedoras, desarrollándose en varios puntos de venta con la misma franquicia, es decir, el franquiciatario tiene más de un establecimiento del mismo franquiciante, correspondiéndole una área geográfica determinada pudiendo abrir el número de establecimientos que estime conveniente ⁷⁰.

c) Plurifranquicia: Parten de un principio similar al anterior, sin embargo, el franquiciatario tiene la facultad de llevar franquicias de varios franquiciantes siempre y cuando éstas sean complementarias y no contradictorias y competidoras.

d) Subfranquicia: El franquiciatario puede a su vez subcontratar la franquicia otorgada en una área delimitada, respondiendo por los actos del subfranquiciatario ante el franquiciante original.

Nuestro Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, autoriza tácitamente los acuerdos de subfranquicia en los artículos 25 y 26.

70. GENERALITAT VALENCIANA: op. cit., p. 41.

e) Promoción a Franquicia o Conversión a Franquicia: La inmensa mayoría de los franquiciantes han tenido un gran éxito al otorgar en franquicia sus negocios. Por ello, existe una fuerte campaña de publicidad y apoyo en asociaciones varias, para conseguir la gradual conversión de ramas enteras de la actividad económica al sistema de franquicias.

Se busca incluir dentro de un sistema de franquicia a establecimientos independientes que ya existen y se encuentran operando ⁷¹.

3. DE ACUERDO AL GRADO DE INTEGRACION DE LA RED

a) Franquicia Integrada: La producción se da del franquiciante a los detallistas o franquiciatarios. Es decir, los productores distribuyen un producto de forma directa y exclusiva a través de una extensa red de establecimientos otorgados en franquicia.

Tiene como ventaja, la rápida y exclusiva distribución de los productos, lo que provoca un mayor acercamiento con la clientela.

⁷¹. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia.....
p. 24.

b) Franquicia Semi-integrada: La distribución de los productos no se da de manera directa, sino que existe una relación fabricante-mayorista, mayorista-franquiciatarios. Este tipo de franquicias se presenta con mucha frecuencia en las cadenas de alimentos.

4. DE ACUERDO A LA RELACION DEL FRANQUICIANTE CON SUS FRANQUICIATARIOS

a) Franquicia Horizontal: Se produce entre varios franquiciantes quienes, al darse cuenta del éxito obtenido, y previa prueba piloto, franquician sus negocios a otros en diversos puntos de venta.

b) Franquicia Vertical: Un comerciante o productor minoritario, con una fórmula y marca desconocidas, se convierte en franquiciante, cuando las otorga a un poderoso fabricante. Aún en éste caso, el franquiciante establecerá la mayoría de las cláusulas.

**5. DE ACUERDO AL GRADO DE PARTICIPACION FINANCIERA Y PERSONAL
ENTRE LAS PARTES**

a) Franquicia Activa: Se presenta cuando el franquiciante exige de sus franquiciatarios una participación activa y permanente en los negocios que se otorgaron en franquicia, de tal manera que se permite un mayor conocimiento del negocio.

b) Franquicia Financiera: Es aquella en la que el franquiciante es un simple inversionista, por lo que no gestiona directamente el otorgamiento de la franquicia, tarea que encomienda a promotores o asociaciones dedicadas a ello. Es decir, se produce una separación entre el capital y el otorgamiento de la franquicia ⁷².

c) Franquicia en Asociación: Consideramos que ésta franquicia se presenta siempre que las partes están relacionadas de manera pecuniaria. Esto se puede dar cuando el franquiciante invierte con el franquiciatario en la propia franquicia, o bien, éste último tiene participación accionaria en la negociación del primero. En cualquier caso, se produce una verdadera integración entre los contratantes frente a terceros.

⁷². GENERALITAT VALENCIANA: op. cit., p. 42.

6. DE ACUERDO AL DESARROLLO GEOGRAFICO DE LA FRANQUICIA

a) Franquicia Nacional o Doméstica: Es aquella franquicia cuya calidad, clientela, desarrollo y futuro de sus negocios se encuentra limitado a una área geográfica de un país; lo anterior debido a que no podría tener éxito dicha franquicia en el extranjero porque las circunstancias son muy diferentes. Piénsese por ejemplo en un despacho de consultoría fiscal.

b) Franquicia Matriz o Maestra: Aquella cuyas características del negocio en franquicia se encuentran diseñadas para la "exportación" de la misma a otras naciones.

Se trata de una relación contractual que une a un franquiciante y franquiciatarios de distintas nacionalidades, siendo los segundos responsables de la distribución exclusiva de la franquicia en su país ⁷³.

Para terminar con este apartado, conviene hacer mención que la clasificación dada es ilustrativa, y que nunca se presentan franquicias de un sólo tipo, por el contrario, éstas siempre se otorgan reuniendo en sí distintas clases de franquicias.

⁷³. *ibidem*: p. 43.

CAPITULO III.- ELEMENTOS JURIDICOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

A continuación, pasaremos al análisis y estudio de los elementos jurídicos que integran al contrato de franquicia. Es éste capítulo, el que consideramos como de mayor importancia en la presente investigación, toda vez que, a partir del desarrollo del mismo, podremos desprender con toda claridad los efectos y alcances del contrato de franquicia.

A éste respecto, creemos conveniente señalar que el estudio de sus elementos se realizará a partir de la estructura clásica de cualquier contrato nominado y típico, es decir, buscando abarcar en su análisis cualquier tipo de elemento o efecto que tenga importancia desde el punto de vista jurídico.

Asimismo, - y con la finalidad de evitar confusiones -, hemos dividido los elementos personales del contrato de franquicia, de las obligaciones inherentes a la calidad de cada parte.

3.1 ELEMENTOS PERSONALES

Por elementos personales debemos entender, a las partes que intervienen en la celebración del contrato, así como la capacidad que tengan para contratar.

Así pues, se entenderá como partes en el contrato de franquicia, al franquiciante y al franquiciatario, pudiendo presentarse la figura del subfranquiciatario cuando se prevea la posibilidad de subcontratar en el contrato que se celebre. A continuación, analizaremos a cada una de las partes por separado.

3.1.1. EL FRANQUICIANTE

Por franquiciante, debemos entender, por regla general, a aquella persona física o moral que, con fines de lucro y comercio, posee una determinada marca de productos o servicios y una tecnología con las que explota de manera comercial determinado bien o servicio, cediendo contractualmente los derechos y la tecnología que posee a otra persona denominada como franquiciatario.

Esto quiere decir, que en la mayoría de las ocasiones el franquiciante es un fabricante, un mayorista o una persona propietaria de una marca conocida y de gran prestigio, o que ha lanzado al mercado una fórmula o servicio novedoso. En otras ocasiones, también podemos encontrar al franquiciante bajo la forma de un detallista que ha conseguido expandirse para abrir nuevos canales de venta pero no como filiales o sucursales, sino en colaboración con otros comerciantes independientes sobre la base de un contrato de franquicia ⁷⁴.

Asimismo, debemos considerar al franquiciante como un comerciante ya establecido, o bien con deseos de establecerse como tal, ya sea bajo la forma de una sociedad mercantil o como persona física independiente ⁷⁵.

Como señalamos anteriormente, puede suceder que el franquiciante aún no sea un comerciante establecido, pero con deseos de serlo, ya que es poseedor de un producto que quiere explotar, dándole además una marca que se convertirá en un éxito. En tal caso, al momento que dicha persona otorga o transmite su marca y producto en franquicia, lo hace con la

74. TEAM DE ECONOMISTAS DVE: op. cit., p. 19.

75. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia....., p. 41.

finalidad de comerciar con ellos, lo que automáticamente lo sitúan como un comerciante independiente.

Es por ello, que el franquiciante ha logrado, a través de los años, el poner en marcha determinado negocio con un fuerte éxito, el cual desea extender bajo la misma marca y tecnología que le han dado prestigio y que diferencian a su negociación de otras similares. Por lo mismo, podemos decir que el franquiciante "otorga" en franquicia su negociación a comerciantes independientes.

Generalmente, el franquiciante otorga con la franquicia, una exclusividad de venta y distribución en un área geográfica determinada. A cambio de ello, se establecerán determinadas obligaciones de tipo contractual a cargo del franquiciatario, mismas que serán objeto de un posterior estudio.

Nuestro actual Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, en sus artículos 23 a 26, denominan al franquiciante como proveedor, terminología que consideramos errónea, toda vez que dicho término, es aplicable para otros contratos menos complejos que el de franquicia, por lo mismo, no alcanza a ser cubierta satisfactoriamente con la terminología empleada por nuestra legislación.

Por el contrario, la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, se abstiene de dar una terminología específica al franquiciante, considerándolo como la persona que concede la franquicia.

3.1.2. EL FRANQUICIATARIO

Por franquiciatario, debemos entender, a aquel empresario independiente del franquiciante, que adquiere contractualmente el derecho a comercializar un bien o servicio, dentro de un mercado o área exclusiva, utilizando los beneficios que le otorgan mediante una marca registrada y apoyo técnico que se traduce en la capacitación, orientación y manejo del negocio que se le otorga en franquicia.

El franquiciante, vende y distribuye al franquiciatario, reconociéndole a éste la exclusiva de reventa o distribución del producto o servicio. El franquiciatario se caracteriza por ser un empresario independiente, lo que no significa que se sustraiga a las obligaciones derivadas del contrato, sino que invierte su propio capital en el establecimiento y confección

de la franquicia que se le concede ⁷⁶.

Sin embargo, con frecuencia los franquiciatarios son seleccionados por los franquiciantes de acuerdo a sus características propias, es decir, el franquiciatario debe reunir en si mismo todas aquellas cualidades que el franquiciante pueda requerir para el adecuado manejo de la franquicia que otorgará; advertimos pues, que la selección del franquiciatario adecuado, gravita exclusivamente en aspectos personales y de confianza.

Nuevamente, nuestro Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, en los artículos 23 a 26, denomina al franquiciatario con una terminología que consideramos inadecuada. En efecto, dicho reglamento lo denomina como adquirente, para entender como tal al recepcionista de la marca y transferencia de tecnología objeto del contrato; por su parte, la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, denomina a ésta parte del contrato de franquicia como la persona a quien se le concederá la franquicia.

76. PUENTE MUÑOZ, Teresa: op. cit., p. 97.

Conviene señalar, que puede suceder que el franquiciatario, -previa aprobación del franquiciante-, celebre a su vez un contrato de subfranquicia, esto es, el negocio que originalmente se otorgó en franquicia se entregará en subfranquicia a otros comerciantes independientes. En éste caso, dichos comerciantes recibirán la denominación de subfranquiciatarios y le reportarán al franquiciatario original, por lo que éste último responderá solidariamente de los actos celebrados por los subfranquiciatarios, frente al franquiciante, ya que se contaba con la autorización para tal efecto del franquiciante.

3.1.3. CAPACIDAD PARA CONTRATAR

Respecto a la capacidad de las partes para intervenir en la celebración del contrato de franquicia, debemos mencionar que estos requieren de la general para contratar, puesto que no se requiere de capacidad especial alguna ⁷⁷.

La capacidad para contratar, consiste en la aptitud de una persona reconocida por la ley, de acordar o estipular por sí el

⁷⁷. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia.....
p. 41.

contrato sin necesidad de representación o de asistencia de otras personas. Esto es, serán hábiles para contratar, todas las personas no exceptuadas por el artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otra parte, el artículo 450 del ordenamiento antes citado dispone que carecen de capacidad para contratar las personas con incapacidad natural o legal, es decir, los menores de 18 años de edad, los dementes, los sordomudos que sean analfabetas, los ebrios consuetudinarios y los drogadictos.

Ahora bien, cuando las partes actúen por medio de un representante, éste requerirá en principio tener facultades para actos de administración propias para la celebración del contrato de franquicia. Asimismo, pueden contratar, en el caso de sociedades anónimas, el consejo de administración, el administrador único, el gerente o director general y apoderados generales con facultades de administración. En este sentido, no es necesario que se contemple en el objeto social de la sociedad de manera expresa, la posibilidad de otorgar o adquirir franquicias, puesto que bastará con que quede asentado la celebración de todos aquellos actos jurídicos tendientes a la consecución del objeto o fin social de la empresa ⁷⁸.

78. *Ibidem*.

3.2. ELEMENTOS REALES

A continuación, realizaremos el estudio de los elementos reales que integran el contrato de franquicia, entendiendo propiamente como tales, a las contraprestaciones objeto del mismo. Esto es, el objeto del contrato de franquicia, así como el precio del otorgamiento de la misma.

Dentro del objeto del contrato de franquicia, podemos distinguir el inmediato, que es la transmisión de la marca, la transferencia de tecnología, el nombre comercial y el aviso comercial, y el mediato, que se refiere a la materia, producto o servicio sobre el que versa el contrato de franquicia.

Por otra parte, dentro del pago del precio, podemos distinguir al mismo en una sola exhibición, como aplicación de un porcentaje sobre las ventas netas o brutas, o bien, la combinación de los dos ya citados.

Se analizará, primero, el objeto del contrato de franquicia, para después poder proceder al estudio del pago del precio objeto del contrato en cuestión.

3.2.1 OBJETO INMEDIATO

El objeto inmediato del contrato de franquicia es parte esencial del mismo, ya que sin el mismo, no podemos hablar de que exista y produzca sus efectos la institución estudiada. A continuación, procederemos al análisis detallado de las figuras jurídicas que se constituyen como objeto inmediato del contrato de franquicia.

3.2.1.1. LA MARCA

Sin temor a equivocarnos, podemos decir que la marca es una de las instituciones jurídicas más importantes de nuestros días. Su función económica, aunada a la protección especial y tutela que se le da, la hacen objeto de múltiples transacciones de la más diversa índole.

La marca se considera como un signo distintivo del empresario que busca que las mercancías que produce o servicios que presta, la lleven plasmada. Es decir, dicho empresario, busca que las mercancías que produce o expende tengan un signo

distintivo que las pueda hacer fácilmente diferenciables de otras mercancías o servicios similares ⁷⁹.

Así, la marca del empresario que produce las mercancías o presta los servicios se plasma sobre los mismos o sobre sus envolturas, para que de este modo el público en general asocie presentación, calidad, servicio y variedad con el producto que está adquiriendo o el servicio que está contratando. Es de esta manera, que el empresario se hace de una fama, la cual le permite obtener mayores ventas y utilidades y, eventualmente, expandir su negociación.

3.2.1.1.1 CONCEPTO DE LA MARCA

De acuerdo con lo que establece el Lic. David Rangel Medina, la razón de ser de la marca, puede coincidir con cualquiera de las siguientes corrientes: "la que señala a la marca un papel de signo indicador del lugar de procedencia de la mercancía; aquella que considera a la marca como un agente individualizador del producto mismo; una más que reúne los rasgos distintivos de las dos mencionadas; y otra que,

⁷⁹. MANTILLA MOLINA, Roberto L. : op. cit., p. 118.

adoptando la tesis mixta ya indicada, enfoca la esencia de la marca en función de la clientela" 80.

Desde un punto de vista jurídico, podemos definir a la marca como "un signo distintivo que permite a su titular (fabricante o comerciante) distinguir sus productos o servicios de los de la competencia", y en sentido económico, como "un signo que tiende a proporcionar a la clientela una mercancía o un servicio cubierto publicamente con su garantía" 81.

Como vemos, las definiciones antes señaladas, no importando su naturaleza, se constituyen principalmente por el signo, es decir, signo como innovación, distinción e identificación, por lo que la trascendencia de la marca crece aún más, ya que con ella, va la garantía de determinado producto o servicio.

Por su parte, Justo Nava Negrete define a la marca como "todo signo o medio material que permite a cualquier persona física o jurídica distinguir los productos que elabora o

80. RANGEL MEDINA, David: Tratado de Derecho Marcario, Las Marcas Industriales y Comerciales en México, 1a. edición, Edición propiedad de David Rangel Medina, México, 1960, p. 154.

81. SAINT GAL, Ives: Política General de una Empresa para la Protección y Defensa de sus Marcas en el Extranjero, citado por Jaime Álvarez Soberanis: La Regulación de las Invenciones y Marcas y de la Transferencia Tecnológica, 1a. edición, Ed. Porrúa, México, 1979, p. 54.

expende, así como aquellas actividades consistentes en servicios de otros iguales o similares cuya finalidad inmediata es la de atraer la clientela y después conservarla y aumentarla" 82.

El concepto dado por el autor antes señalado nos parece muy completo, ya que además de dar elementos clásicos en la definición marcaria, nos indica que la finalidad principal de la marca es la de ganar, conservar y aumentar la clientela, situación que nos lleva a identificar necesariamente producto o servicio con el oferente y su calidad, aspecto primordial en el éxito de una cadena de franquicias.

Por su parte, y en el aspecto legal, nuestra Ley de Invenciones y Marcas publicada el día 10 de febrero de 1976, define a la marca como sigue: 83

Art.87.- Esta ley reconoce las marcas de productos y las marcas de servicios. Las primeras se constituyen por los signos que distinguen a los artículos o productos de otros de su misma especie o clase. Las segundas, por los signos que

82. NAVA NEGRETE, Justo: Derecho de las Marcas, 1a. edición, Ed. Porrúa, México, 1985, p. 147.

83. Art. 87 de la Ley de Invenciones y Marcas, 15a. edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 35.

distinguen un servicio de otros de su misma clase o especie.

Ahora bien, la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, define a la marca como sigue:

Art.88.- Se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma clase o especie en el mercado.

Como vemos, los conceptos antes citados no difieren en su naturaleza original, es decir, sirven para distinguir los productos o servicios de otros similares.

Así, y por medio de estos conceptos, dichos ordenamientos legales reconocen dos tipos distintos de marcas, a saber, las marcas de productos y las marcas de servicios. Como vemos, la actividad económica está marcada por la fabricación de diversos productos o artículos o por el ofrecimiento de múltiples servicios, en cualquier caso, el aspecto marcarío se nos presenta como una necesidad a fin de que dichos productos o servicios se identifiquen y se distingan de otros similares o de la misma clase; no consideramos que existan marcas diferentes a las de productos o servicios, si bien es cierto

que en algunas obras doctrinarias pueden existir subclasificaciones de éstas.

Por nuestra parte, consideramos que una definición apropiada de la marca sería la siguiente:

Marca: Cualquier signo distintivo que el fabricante, comerciante u oferente de cualquier tipo de producto o servicio utiliza para distinguirlos e identificarlos de otros similares o de la misma clase, con la finalidad de crear en la opinión del consumidor, una identificación entre dicho producto o servicio y quien los fabrica u ofrece.

3.2.1.1.2 FUNCIONES Y CLASIFICACION DE LA MARCA

Una vez analizado el difícil aspecto de la conceptualización de la marca, indicaremos de manera breve, la importancia de la misma a través de la descripción de sus principales funciones; así, tenemos las siguientes:

1. FUNCION DE PROTECCION JURIDICA

Hemos mencionado anteriormente, que la marca busca identificar y diferenciar al producto o servicio de otros similares, por lo que la protección se traduce frente a su titular, en el evitar usurpaciones de productos o servicios similares con marcas idénticas, y frente a los consumidores, en el hecho de que estos reclaman sus productos o servicios en relación con la marca a la que están acostumbrados, y no a una de dudosa procedencia ⁸⁴.

2. FUNCION DE GARANTIA

Una vez efectuada la identificación del producto o servicio con la marca que llevan, se crea en el ánimo del consumidor la idea de que dicho producto o servicio se encuentra respaldado por la marca. Es decir, el sólo hecho de adquirir tal o cual marca implica la garantía para el consumidor de que el producto o servicio adquirido reúne normas mínimas de calidad y gusto para él.

84. ALVAREZ SOBERANIS, Jaime: La Regulación de las Invenciones y Marcas y de la Transferencia Tecnológica, 1a. edición, Ed. Porrúa, México, 1979, p. 57.

Sin embargo, debemos señalar, que para que la asociación marca-producto o servicio antes aludida se lleve a cabo, debe de existir una constancia, la constancia de que el producto o servicio amparado por la marca, siempre ofrecerán la misma calidad al consumidor, lo que llevará, en un periodo más o menos largo, a que se cree un ánimo inconsciente en el mismo, ésto es, a que la calidad, variedad y precio pasen a ocupar un elemento que va aunado a la marca ⁸⁵.

3. FUNCION DE DISTINCION O DIFERENCIACION

Esta función, se constituye como el objetivo primordial de la marca, es su naturaleza y razón de ser, ya que la marca se plasma en el producto o servicio para diferenciarlo de otros similares o de la misma clase.

4. FUNCION DE PROPAGANDA

Otra función más de la marca, es la de propaganda o publicidad. Esta función, más que atender al aspecto jurídico, atiende al aspecto económico, y es lógico, toda vez que el poder de atracción comercial de algunas marcas frente a los

⁸⁵. NAVA NEGRETE, Justo: op. cit., p. 154.

consumidores es tan fuerte, que en muchas ocasiones el éxito de venta del producto o servicio depende de la presentación y originalidad que se le da a la marca.

Así, indicamos que la marca debe ostentar el suficiente poder llamativo o de reclame, para persuadir adecuadamente a la clientela de la deseabilidad del producto que la lleva ⁸⁶.

5. FUNCION DE PROCEDENCIA U ORIGEN

Esta última función se presenta en el aspecto marcario en una menor medida, ya que no siempre se hace referencia a la nacionalidad u origen de la empresa propietaria de la marca. Sin embargo, en algunas ocasiones, el poder de atracción en determinadas marcas es tan acentuado, que rápidamente podemos conocer la nacionalidad de la propietaria, que en estos casos, es generalmente una empresa multinacional. Piénsese por ejemplo en la marca Coca-Cola o Mc Donald's, marcas que nos conducen a pensar que la nacionalidad de las empresas propietarias es estadounidense ⁸⁷.

⁸⁶. RICHARDS W., Stewart: Choosing the Right Trademark, citado por Jaime Alvarez Soberanis: op. cit., p. 64.

⁸⁷. HAVA NEGRETE, Justo: op. cit., p. 153.

Respecto a la clasificación de las marcas, consideramos importante señalar la clasificación que hacen tanto la Ley de Inveniones y Marcas como la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, indicando y reconociendo las marcas de productos y las marcas de servicios. Clasificación en la que coinciden la mayoría de los tratadistas de derecho marcario a nivel mundial.

Sin embargo, también resultará provechoso el mencionar la clasificación que a éste respecto hace el Lic. David Rangel Medina ⁸⁸, quien distingue tres clases de marcas, a saber:

1. MARCAS NOMINATIVAS:

Aquellas que se componen exclusivamente de una o más palabras, pudiendo consistir en un nombre propio, geográfico o comercial, bajo forma distintiva.

2. MARCAS FIGURATIVAS:

Aquellas que consisten en dibujos o figuras características que independientemente del nombre o denominación, sirven para designar los productos a que se

⁸⁸. RANGEL MEDINA, David: op. cit., p.p. 215-217.

aplican, en cuyo caso se llaman marcas figurativas innominadas; éstas se caracterizan de las primeras en que se basan, para su aceptación, en el sentido de la vista.

3. MARCAS MIXTAS:

Se presentan cuando se mezclan el aspecto nominativo y el aspecto figurativo, también se les denomina como marcas compuestas.

4. MARCAS PLASTICAS:

Aquellas marcas que ubicamos físicamente sin necesidad de conocer su nombre, debido a la peculiar forma de sus envases, contenedores, diseños, etc.

3.2.1.1.3 ASPECTOS LEGALES RELACIONADOS CON LA MARCA

Ahora, y con la finalidad de profundizar un poco más en el aspecto marcario, analizaremos algunas disposiciones relativas al mismo contenidas en nuestra Ley de Invenciones y Marcas, por ser la vigente al momento de la presentación para su revisión del presente trabajo, indicando en algunos casos la diferencia

existente con la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

a) DERECHO DE USO EXCLUSIVO DE UNA MARCA

La titularidad de una marca otorga exclusividad en su uso, tan es así, que una de las principales funciones de la misma, es la identificación y distinción de otros productos o servicios. Sin embargo, para tener derecho a esa exclusividad, la marca debe registrarse ante la **Secretaría de Comercio y Fomento Industrial**, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la Ley de Invenciones y Marcas y su Reglamento (arts. 88 y 89).

b) PUEDEN SER CONSIDERADAS COMO MARCAS LAS SIGUIENTES

Prácticamente, no existe límite para que las denominaciones y signos visibles se constituyan como marca, siempre y cuando los mismos sean suficientemente distintivos y capaces de identificar los productos o servicios a los que se apliquen, de otros similares.

Por otra parte, también pueden ser considerados como marca los nombres comerciales, razones o denominaciones sociales, si estas cumplen con los requisitos del artículo 90 de la Ley.

Asimismo, el artículo 91 de la multicitada ley, en sus veintitres fracciones, indica que no puede ser registrable como marca. Baste con hacer la mención, ya que no es objeto de estudio de la presente investigación, debido a que para que se otorgue en franquicia determinada marca, ésta debe estar previamente registrada y aceptada.

c) SOLICITUD DEL REGISTRO DE MARCAS

La solicitud del registro de una marca se deberá presentar por escrito ante la **Secretaría de Comercio y Fomento Industrial**, indicando las principales características de la misma. A la solicitud se deberá acompañar una descripción detallada de la marca, los ejemplares de la impresión de la misma, así como indicaciones técnicas de ella. Una vez realizado lo anterior, se efectuará el exámen administrativo, el cual tendrá por finalidad el verificar que la solicitud de registro de la marca se hubiere presentado correctamente.

Ya que se presentó la solicitud, y fueron satisfechos los requisitos legales correspondientes, se procederá a efectuar el examen de novedad, con la finalidad de verificar la posibilidad de existencia de otra marca igual o semejante ya registrada con anterioridad, o bien que esté en trámite y que se aplique a los

mismos o similares productos o servicios en grado tal, que pudieran causar confusión (arts. 105 y 106).

4) VIGENCIA DE LAS MARCAS

Sobre la vigencia que se otorga para el uso de una marca, debemos indicar que el artículo 112 de la Ley de Invenciones y Marcas nos señala que los efectos del registro de una marca tendrán una vigencia de cinco años, contados a partir de la fecha y hora de presentación de la solicitud del registro, es decir, a partir de la fecha legal.

El plazo que se otorga para el uso de una marca, podrá ser renovable indefinidamente por periodos de cinco años, siempre y cuando la solicitud se presente por el titular dentro del último semestre de la vigencia del registro, otorgándosele en adición, un plazo de gracia de seis meses a partir del vencimiento del plazo otorgado para el registro (arts. 112 y 139).

Sin embargo, el artículo 95 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, establecerá una vigencia para las marcas de 10 años, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud. De igual manera, podrá ser renovada indefinidamente por periodos de la misma duración.

●) USO DE LAS MARCAS

Una vez que se ha obtenido el registro de la marca, su titular debe cuidar de usarla tal y como fue registrada, es decir, debe omitir cualquier alteración a la misma o forma de aplicación a los productos o servicios que la marca ampara, ya que en caso contrario, el registro de la marca quedará extinguido. Por lo mismo, toda modificación se realizará mediante la tramitación de una nueva solicitud de registro, salvo que ella sólo se refiera a las dimensiones de la marca o al material en el que se imprima, grave o reproduzca (art. 115).

Asimismo, se establece la obligación para el titular del registro de la marca que ampare productos nacionales, de plasmar en los mismos, de manera ostensible, la leyenda "marca registrada", su abreviatura "marc. reg." o las siglas "M.R.". La omisión de dicha leyenda no afectará la validez de la marca, sin embargo, mientras la omisión subsista, no podrá ejercitarse ninguna acción de tipo civil o penal (art. 119).

f) TRANSMISION DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL REGISTRO MARCARIO

Algunos doctrinarios consideran que, toda vez que la marca reúne características de la propiedad inmaterial, la misma puede ser transmitida a un tercero a través de los diversos medios que se establecen en el Derecho Civil, como lo sería la cesión de derechos o el contrato de compraventa ⁸⁹.

A este respecto, el artículo 141 de la ley marcaria nos indica que las marcas registradas pueden transmitirse por los medios y con las formalidades que establece la legislación común, sin embargo, dicha transmisión no producirá efectos si no se inscribe en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

Por otra parte, en la nueva ley sobre propiedad industrial, se nos indica que la transmisión de los derechos de una marca se podrá realizar mediante convenio o licencia, debiendo ser inscrita ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para poder producir efectos en perjuicio de terceros.

89. BAUCHE GARCIA DIEGO, Mario: La Empresa, Nuevo Derecho Industrial, Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles, 2a. edición, Ed. Porrúa, México, 1983, p. 130.

Este aspecto tiene especial relevancia en el presente trabajo de sustentación, debido al hecho de que en el contrato de franquicia se debe dar una licencia de uso de marca, ya que en caso contrario, el contrato citado no producirá efectos plenos.

Por ello, el contrato de franquicia deberá incluir las marcas de productos o servicios que serán materia de autorización o licencia por parte del franquiciante, con la especificación del número de registro de la marca, el signo distintivo que constituye la marca y los productos o servicios que ampara ⁹⁰.

Asimismo, debemos anotar, que la transmisión de las marcas registradas no surtirá efectos contra terceros, si la misma no se registra en la Dirección General de Invenciones, Marcas y Desarrollo Tecnológico o en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, en el caso de la nueva ley.

Finalmente, y con respecto al aspecto marcario, señalaremos que el artículo 147 y siguientes de la Ley de Invenciones y Marcas, nos indican diversas causales de nulidad, extinción y cancelación del registro de una marca; así, en caso de que se produzca alguno de los supuestos mencionados en

90. ARCE GARGOLLO, Javier: op. cit., p. 43.

dichos artículos, el registro de la marca sería nulo, se extinguiría o se cancelaría, por lo que la responsabilidad, en el caso del contrato de franquicia, gravitaría sobre la persona del franquiciante. Estos aspectos se encuentran regulados de los artículos 151 a 155 de la nueva ley.

3.2.1.2 LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA

Antes de comenzar formalmente con el estudio de la transferencia de tecnología, debemos realizar algunas breves consideraciones respecto a la importancia que reviste la misma para el contrato de franquicia.

Primero, es conveniente mencionar, que la aparición formal del contrato de franquicia, tal y como lo conocemos hoy en día, se da a partir del siglo XX. Esto nos lleva a pensar en un siglo en que la consolidación e importancia tecnológica es plena. Se da la producción masiva de satisfactores a través del establecimiento de patrones tecnológicos uniformes y con estándares de calidad muy altos; al mismo tiempo, estos satisfactores se nos presentan bajo una marca determinada, conocida, a la que asociaremos calidad, cantidad y variedad.

Por lo mismo, y como podemos ver, el contrato de franquicia cuenta ya, en el siglo XX, con sus dos principales elementos, la marca y la transferencia de tecnología.

En nuestra opinión, la transferencia de tecnología reviste especial importancia, toda vez que para que el público asocie calidad, con la marca del producto que adquiere, es necesario que previamente el productor se avoque a la tarea de fabricar dicho producto con altos índices de calidad, es decir, a través de un procedimiento tecnológico y fórmulas que le permitan ofrecer de manera ilimitada sus productos. Así, podremos comprender como al pensar en determinada marca, sobre todo de servicios, pensamos en todo un procedimiento de elaboración del producto o servicio que se nos otorga.

Es por todo lo anterior, que el contrato de franquicia contiene determinadas características del de transferencia de tecnología; en tal sentido se pronuncia el Lic. Javier Arce Gargollo ⁹¹, quien señala y añade lo siguiente:

El contrato de franquicia en el derecho mexicano es una especie del contrato de transferencia de tecnología, por la forma en la que está reglamentado en la Ley y, especialmente, en el

⁹¹. Ibidem. p. 27.

Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas. En principio, participa de todas las características del contrato de transferencia de tecnología, salvo las reglas y normas excepcionales que el propio Reglamento señala, ya sea directa o indirectamente, para ésta categoría especial: la franquicia.

Como vemos, la importancia de la transferencia de tecnología en el contrato de franquicia es enorme, por lo que podemos decir que la atracción que ejerce el contrato de franquicia sobre el comerciante independiente gravita, en gran medida, por la adquisición de tecnología novedosa para desarrollar la negociación adecuadamente.

3.2.1.2.1 LA TECNOLOGIA

Como quedo asentado en el apartado anterior, es la tecnología una de las principales razones por las que se busca un contrato de franquicia, por lo mismo, a continuación dedicaremos algunos párrafos a la misma, como base para el adecuado entendimiento de la transferencia de tecnología.

En primer lugar, analizaremos su etimología, no sin antes advertir que existen algunas contradicciones respecto a la misma; así, tenemos que para Juan Palomar de Miguel, la palabra tecnología proviene del griego teknologia, de teknologos, dividiéndose en tekne, arte, y logos, tratado ⁹².

Por su parte, el Lic. Jaime Alvarez Soberanis, considera que la palabra tecnología proviene de los vocablos tekné, que significa técnica y logos, que significa palabra, proposición o discurso ⁹³.

De las etimologías antes señaladas, podemos desprender el hecho de que la tecnología engloba a la técnica, la cual está intimamente ligada con la evolución de las formas sociales, políticas y económicas de una nación, por lo que su tratado se nos presenta como indispensable, considerando que, en gran medida, el desarrollo de la humanidad se ha debido al de la tecnología, hasta llegar a nuestros días, en que el espectacular desarrollo tecnológico nos ha brindado cada vez mayores diversificaciones en el terreno del conocimiento.

92. PALOMAR DE MIGUEL, Juan: Diccionario para juristas, 1a. edición, Ed. Mayo, México, 1981, p. 1304.

93. ALVAREZ SOBERANIS, Jaime: op. cit., p. 1.

A continuación daremos diversos conceptos de la palabra tecnología, para luego proponer uno de cuño propio.

Para la Gran Enciclopedia Rialp, la tecnología estudia la técnica, la cual se define como el conjunto de trabajos realizados con habilidad e ingenio para obtener resultados ventajosos, es decir, para la resolución económica de un problema relacionado con la obtención y producción del algo útil ⁹⁴.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano, conceptualiza a la tecnología como el conjunto de conocimientos (saber qué) y de prácticas (saber cómo), de objetos, instrumentos y de procedimientos, elaborados o transformados por los hombres, que se usan para operar sobre la naturaleza, la sociedad y los otros seres humanos, y para satisfacer sus necesidades (primarias o sofisticadas, sociales, grupales o individuales) ⁹⁵.

Para Juan Palomar de Miguel, la tecnología se define como el conjunto de conocimientos propios de un oficio mecánico o

⁹⁴. GRAN ENCICLOPEDIA RIALP, Voz Tecnología, Tomo XXII, Ed. Rialp, Madrid, 1975, p. 131.

⁹⁵. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Voz Transferencia de Tecnología, Tomo IV, Ed. Porrúa, México, 1988, p. 3124.

arte industrial ⁹⁶.

Asimismo, Ignacio Sachs, nos ofrece un concepto bastante sencillo, pero que consideramos adecuado para definir a la tecnología; así, para este autor, "la tecnología es el conocimiento organizado para fines de producción"; en el sentido de éste concepto se pronuncia el Lic. Jaime Alvarez Soberanis, quien a su vez acota que la tecnología tiene por principal finalidad la investigación y producción ⁹⁷.

Por nuestra parte consideramos que la tecnología puede ser definida como el conjunto de conocimientos sistematizados encaminados a la producción e investigación, de acuerdo al entorno económico y político de cada nación.

Como ya quedo asentado anteriormente, la tecnología participa activamente en el desarrollo de una empresa, más aún, se constituye y considera como un activo intangible de la misma, ya que estos conocimientos encaminados a la producción, tienen un valor ilimitado dentro de la propia negociación, tan es así, que la tecnología puede ser objeto de contratación, esto es, podrá ser transferible.

96. PALOMAR DE HIGUEL, Juan: op. cit., p. 1304.

97. SACHS, Ignacio: Transferencia de Tecnología y Estrategia de Industrialización, citado por Jaime Alvarez Soberanis: op. cit., p. 3.

3.2.1.2.2 LA TRANSMISION DE CONOCIMIENTOS TECNICOS O KNOW-HOW

Hemos limitado el estudio de la transferencia de tecnología a dos principales aspectos, esto es, la transmisión de conocimientos técnico o know-how y la asistencia técnica durante el tiempo de vigencia del contrato. Lo anterior con motivo de que el artículo 23 del Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y el 142 de la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, consideran como objeto principal del contrato de franquicia, además de la licencia de uso de marcas o nombres comerciales, la transmisión de conocimientos técnicos y asistencia técnica.

En cuanto al análisis de la transmisión de conocimientos técnicos o know-how, debemos indicar que los mismos son objeto de inscripción ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, de acuerdo a lo que dispone el inciso g), del artículo 20. de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferecnia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, que al efecto indica lo siguiente:

Art.20.- Para los efectos de ésta ley, deberán ser inscritos en el Registro Nacional de Transferencia

de Tecnología todos los convenios, contratos y demás actos que consten en documentos que deban surtir efectos en el territorio nacional relativos a:

g) La transmisión de conocimientos técnicos mediante planos, diagramas, modelos, instructivos, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal y otras modalidades.

Lo que se busca con su registro, es el poder evitar situaciones en que se susciten efectos monopólicos, así como el encarecimiento de la tecnología que se importa, lográndose así un beneficio para el adquirente de la misma, es decir, vigilar el acceso de tecnología a un país en vías de desarrollo como el nuestro, obteniendo una transferencia mucho más ventajosa ⁹⁸.

Ahora bien, al referirnos a la transmisión de conocimientos técnicos o know-how, no queremos significar necesariamente por tales, a adquisiciones de tipo tecnológico que se encuentren patentadas, sino que, por el contrario, el know-how se transmite al adquirente a través de contratos, nacionales o internacionales, que han ido desplazando al

98. SEPULVEDA, César: El Sistema Mexicano de Propiedad Industrial, 2a. edición, Ed. Porrúa, México, 1981, p. 44.

acuerdo de licencia por el que se concede el uso y explotación de determinada patente.

La transmisión de conocimientos técnicos puede versar sobre las más variadas indoles o especies, como se puede desprender de la lectura del artículo 2o antes señalado, sin embargo, los mismos deben referirse principalmente a los procesos de fabricación, por lo que es frecuente que los mismos sean asociados con el know-how, abreviatura del "know how to do it" (saber cómo hacerlo) ⁹⁹.

Para poder comprender con precisión los alcances del inciso g) del artículo 2o de la ya mencionada ley, consideramos de primera importancia el conceptualizar con precisión la transmisión de conocimientos técnicos o know-how.

Así, partiendo de la premisa de que el know-how no implica la transmisión de una patente, lo podemos definir como una serie de conocimientos técnicos no patentados sobre determinado proceso de fabricación que pueden versar sobre invenciones, administración, planos, modelos, especificaciones, experimentaciones, capacitaciones, etc. Estos conocimientos técnicos, generalmente son producto de experimentaciones que, a

⁹⁹. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia....., p. 45.

través de los años han llevado a cabo su titular o titulares, es decir, constituyen una valiosa fuente de experiencias, que han sido probadas una y otra vez, por lo que su transmisión es altamente rentable.

A éste respecto, nos permitimos abrir un paréntesis para indicar, que la transmisión del know-how, implica para el franquiciatario la obtención casi segura del éxito del negocio que se le otorga en franquicia, esto es, el concepto que ha usado el franquiciante en su negocio ha sido tan eficaz, que se puede dar el lujo de transmitirlo y expandir su negociación. Desde luego, la selección del franquiciatario por parte del franquiciante implica un minucioso estudio, toda vez que en la selección del mismo se debe buscar la continuidad de la aplicación de los conocimientos técnicos a determinado concepto o negociación, es decir, se busca tener una mayor penetración en el mercado frente a la competencia.

A continuación, y siguiendo al Lic. Jaime Alvarez Soberanis, daremos las principales características de los conocimientos técnicos o know-how, a saber: 100

1. Los conocimientos técnicos no están patentados, ya sea porque su naturaleza lo impide o porque el titular de los

100. ALVAREZ SOBERANIS, Jaime: op. cit., p.p. 308 y 309.

mismos no lo ha querido. Respecto al segundo caso, debemos mencionar que el artículo 40 de la Ley de Invenciones y Marcas, otorga una vigencia a las patentes de catorce años improrrogables, por lo que una vez concluido dicho plazo las mismas caerían al dominio público; por lo anterior, los titulares de dichos conocimientos técnicos en muchas ocasiones prefieren optar por no patentarlos, aunque también, claro está, tampoco gozarán de la seguridad jurídica y exclusividad a la explotación que otorga la patente.

2. Dichos conocimientos técnicos o know-how, deben ser susceptibles de transmisión a terceros, es decir, deben ser explotados por cualquier otra persona capacitada para ello y seleccionada por el titular de los mismos. En todo caso, su transmisión debe encontrarse especificada en el contrato de franquicia.

3. El know-how debe poseer una característica de exclusividad, esto es, los conocimientos técnicos que se transmitan no deben de ser del dominio público, porque en tal caso el contrato pierde objeto, ya que cualquier persona podrá conocer los procesos de fabricación. Recordemos que con el contrato de franquicia, se transmite una idea o concepto original de gran éxito.

4. No obstante que el know-how no se encuentre patentado, este debe ser protegido, por lo que con la finalidad de que el contrato que prevee la transmisión de conocimientos técnicos surta todos sus efectos en territorio nacional, el mismo deberá ser inscrito ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

Finalmente, debemos considerar en este apartado, que la transmisión de los conocimientos técnicos o del know-how, siempre deberá constar expresamente en el contrato de franquicia, ya que, en caso contrario, no podremos hablar de que el negocio que se otorga en franquicia traiga aparejada una transmisión de conocimientos técnicos para la adecuada explotación de la negociación mercantil. Por lo mismo, consideramos de suma importancia lo que señala el Lic. Javier Arce Gargollo, respecto al know-how, en el sentido de que el mismo se constituye como elemento esencial del contrato de franquicia.

Pasaremos ahora al estudio de otro de los elementos esenciales del contrato de franquicia, es decir, la asistencia técnica.

3.2.1.2.3 LA ASISTENCIA TECNICA

Una vez que se ha producido la transmisión de conocimientos técnicos hacia el franquiciatario, éste necesitará de una asesoría continua por parte del franquiciante, con la finalidad de poder mantener en altos niveles de calidad la negociación otorgada en franquicia. Pues bien, esta asesoría continua que se presta, recibe el nombre de asistencia técnica, y no debe ser confundida con la transmisión de conocimientos técnicos.

La asistencia técnica es, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 23 del Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y el 142 de la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, uno de los elementos del contrato de franquicia, en los términos del inciso h), artículo 2o. de la Ley Sobre el Control Y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, y que al efecto dispone lo siguiente:

Art.2o.- Para los efectos de ésta ley, deberán ser inscritos en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, todos los convenios, contratos y

demás actos que consten en documentos que deban surtir efectos en territorio nacional, relativos a:

h) La asistencia técnica, en cualquier forma que ésta se preste;

Ahora bien, el concepto de asistencia técnica puede ser muy amplio; sin embargo, en el análisis del contrato de franquicia, la misma debe ser considerada como un apoyo tendiente a dar eficacia a la transmisión de conocimientos técnicos que se realizó, es decir, debe existir una continua comunicación entre franquiciante y franquiciatario para que el establecimiento y desarrollo de la franquicia tenga un éxito constante.

Consideramos que la asistencia técnica se encuentra conceptualizada adecuadamente en lo definido por Sergio Le Pera, que al efecto indica que la asistencia técnica puede ser definida como "una corriente o flujo continuo de instrucciones, directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado" 101.

101. LE PERA, Sergio: Cuestiones de Derecho Comercial Moderno, citado por Jaime Alvarez Soberanis: op. cit., p. 323.

A la definición antes señalada, consideramos oportuno añadir el hecho de que la asistencia técnica no se presta en un periodo de tiempo ilimitado, sino que, por el contrario, dicha obligación está limitada a prestarse durante el tiempo de vigencia del contrato, es decir, el franquiciante quedará relevado, una vez que el contrato termine, de seguir prestando la asistencia técnica en cualquiera de sus formas. Sin embargo, nada impediría que, en el caso de que las partes así lo estipularan, la asistencia técnica se continuara otorgando, bajo las condiciones que las mismas partes impusieran, sin embargo, creemos que lo anterior es de difícil realización en la práctica.

Como se puede desprender del párrafo antes mencionado, la asistencia técnica gravita en una obligación de hacer por parte del franquiciante. Esta obligación de hacer se puede presentar en forma periódica, en cuyo caso la asistencia técnica se proporcionará en forma regular sin que medie requerimiento por parte del franquiciatario; de acuerdo a las necesidades o requerimientos de quien las recibe, en este caso, el franquiciante encontrará liberada su obligación de hacer al acudir a los llamados del franquiciatario; finalmente, la asistencia técnica se podrá presentar en forma mixta, es decir, existirá un calendario de visitas regulares que podrá ser complementado con los requerimientos del cliente.

Así, conviene acotar, que uno de los rasgos distintivos de la asistencia técnica es que, para su prestación, se toman en cuenta las características del franquiciante o su experiencia en la materia, por lo que podemos encontrar una de las principales características del contrato de franquicia, esto es, que es un contrato intuitu personae.

Por último, y siguiendo en éste aspecto al Lic. Javier Arce Gargollo ¹⁰², consideramos que la asistencia técnica implica también los servicios de asesoría, consultoría y supervisión, que son obligatorios de inscripción de acuerdo a lo establecido por el inciso k), del artículo 20. de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, no obstante que los mismos sean prestados por personas físicas o morales extranjeras, ya que debemos recordar la tipología del contrato de franquicia señalada en el Capítulo II del presente trabajo, en el sentido de que pueden existir franquicias matriz o internacionales, que son las que se celebran entre partes de diversas nacionalidades.

102. Cfr. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia....., p. 46.

3.2.1.2.4 ASPECTOS LEGALES RELACIONADOS CON LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA

Como ya mencionamos, la transmisión de conocimientos técnicos y la asistencia técnica son dos aspectos de la transferencia de tecnología que se constituyen como elementos esenciales del contrato de franquicia. La transferencia de tecnología se encuentra regulada en la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su Reglamento. Asimismo, se contemplan diversos aspectos relacionados con ellos en la nueva ley, por lo que para poder conocer mejor dichos aspectos, es necesario revisar, cuando menos de manera sucinta, las disposiciones de dichos ordenamientos.

a) LEY SOBRE EL CONTROL Y REGISTRO DE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA Y EL USO Y EXPLOTACION DE PATENTES Y MARCAS

La mencionada ley es de orden público e interés social, por lo que su aplicación no se deja al arbitrio de las partes, sino que, por el contrario, es de estricta aplicación a través de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (art. 1o.).

El artículo 2o. de la ley, nos indica que actos jurídicos deben estar inscritos ante el Registro Nacional de Transferecncia de Tecnología, con la finalidad de dar protección y publicidad a los mismos; dentro de dichos actos, se contemplan la concesión del uso o autorización de explotación de marcas, la cesión o autorización de uso de nombres comerciales, la transmisión de conocimientos técnicos y la asistencia técnica, elementos esenciales del contrato de franquicia. Por su parte, el artículo 3o. nos indica cuáles son los actos, convenios o contratos que no deben ser inscritos ante el Registro.

La solicitud de inscripción ante el Registro debe ser solicitada por las personas en que recaiga la obligación de inscribir los actos que celebren. A este respecto, se encontrarán legitimados para solicitar el registro de los actos que celebren, las personas físicas o morales de nacionalidad mexicana, los extranjeros residentes en México, y las personas morales de nacionalidad extranjera domiciliadas en el país o que celebren actos que surtan sus efectos en México, así como las agencias o sucursales de empresas extranjeras con residencia en el país (art.5o.).

El Capítulo II de la multicitada ley, establece en los artículos 8 a 14, las normas relativas al Registro Nacional de Transferencia de Tecnología y el procedimiento de registro de los actos que se deban inscribir. El Registro depende directamente de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI). Entre las normas contenidas en éste capítulo, conviene aludir a lo contenido en el artículo 10, que al efecto indica que los actos que deban ser inscribibles, deberán ser presentados ante SECOFI para su inscripción en el registro dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la fecha de su celebración o modificación. En tal supuesto, la inscripción surtirá efectos desde la fecha en que hubieren sido celebrados; en caso contrario, surtirá efectos a partir de la fecha en que se hubieren presentado para su inscripción. Asimismo, se indica que a la terminación de los actos jurídicos con anticipación a la fecha de vencimiento de los mismos, se deberá dar aviso a SECOFI dentro del mismo plazo de sesenta días hábiles siguientes a su terminación.

Por otra parte, se dispone que los actos, convenios o contratos o sus modificaciones, que no hayan sido inscritos serán nulos, y no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad, y su cumplimiento no podrá ser exigido ante los tribunales

nacionales. La misma suerte correrán aquellos actos, convenios y contratos, cuya inscripción fuere cancelada por SECOFI (art. 11).

Una vez presentados los documentos para su inscripción, la Secretaría deberá resolver sobre la procedencia o improcedencia de la misma en un plazo que no exceda de noventa días hábiles, ya que en caso contrario, el acto deberá ser inscrito (art. 12).

El Capítulo III, en los artículos 15 a 17, nos habla de las causas de negativa de inscripción. Consideramos al artículo 15 de la ley como el de mayor importancia en relación al contrato de franquicia, toda vez que nuestra legislación a éste respecto, es proteccionista del receptor de la tecnología; por lo mismo, en la celebración de los acuerdos de franquicia, no se deberán olvidar las prohibiciones del mencionado artículo. A continuación, me permitiré transcribir algunas de las fracciones que guardan mayor importancia con el sistema de franquicias.

Art.15.- La Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial (SECOFI) no inscribirá los actos, convenios o contratos a que se refiere el artículo segundo de ésta ley en los siguientes casos:

IV. Cuando se establezca la obligación de adquirir equipos, herramientas, partes o materias primas, exclusivamente de un origen determinado, existiendo otras alternativas de consumo en el mercado nacional o internacional;

Es el caso en el que el franquiciante restringe la facultad del franquiciatario de adquirir los insumos necesarios para el desarrollo de la franquicia de otra fuente que no sea el propio franquiciante.

VI. Cuando se prohíba el uso de tecnologías complementarias;

VII. Cuando se establezca la obligación de vender a un cliente exclusivo los bienes producidos por el adquirente;

VIII. Cuando se oblique al receptor a usar en forma permanente, personal señalado por el proveedor de tecnología;

XI. Cuando se obligue al adquirente a guardar en secreto la información técnica suministrada por el proveedor más allá de los términos de vigencia de los actos, convenios o contratos, o de los establecidos por las leyes aplicables:

Bajo este supuesto, puede suceder que el franquiciante limite la posibilidad de que el franquiciatario asimile la tecnología que le transmitió e inicie un negocio propio que cree una competencia entre ambas partes una vez terminado el contrato de franquicia, sin embargo, debemos recordar, que el contrato de franquicia se basa en la confianza recíproca y que el franquiciatario es un empresario independiente.

Por otra parte, el artículo 16, establece otras causales de improcedencia de la inscripción de los actos, de entre las que destacan la fracción III, que indica que no podrán ser registrados los actos, convenios o contratos cuando se establezcan términos excesivos de vigencia, es decir, que excedieren de diez años obligatorios para el adquirente, lo cual significa que pueden establecerse plazos mayores bajo el consentimiento del mismo.

Finalmente, la ley da algunas normas relativas a las sanciones y al recurso de revocación.

D) REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE EL CONTROL Y REGISTRO DE LA
TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA Y EL USO Y EXPLOTACION DE
PATENTES Y MARCAS

A continuación, analizaremos algunas de las disposiciones más importantes de éste Reglamento en su parte relativa a los acuerdos de franquicia, es decir, los artículos 23 a 26, contemplados en la Sección II, del Capítulo II, de dicho ordenamiento legal.

El Reglamento en cuestión, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de enero de 1990, para entrar en vigor al día siguiente. Se puede decir, que el mismo, fue resultado de las recientes acciones gubernamentales tomadas por la administración del Presidente Salinas de Gortari, para atraer la inversión extranjera a México, así como a la adopción de nuevas disposiciones tendientes a la simplificación de los procedimientos para la transferencia y licencia de tecnología, patentes, know-how, programas de computación y otros servicios de asistencia técnica ¹⁰³.

103. KNIGHT, John B. y HUGGENBURG, Carlos: "Mexico Redoubles Efforts to Attract Foreign Franchisors", en Franchise Law Journal, American Bar Association, Chicago, Primavera de 1990, p. 3.

Ahora bien, respecto al contrato de franquicia, a continuación, transcribiremos algunos de los artículos a que se refiere el Reglamento, dando su explicación. Así, tenemos:

Art.23.- Se entenderá como un acuerdo de franquicia, aquél en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmita conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica, en los términos de los incisos a), f), g) y h) del artículo 2o. de la ley, con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor, independientemente de algún otro de los supuestos que marca el precepto ya citado.

Con la inclusión de esta definición en el Reglamento, se le otorga al contrato de franquicia, una enorme y especial importancia, ya que al contemplarlo, el gobierno no sólo está reconociendo el valor de la franquicia como método de negociación mercantil, sino también, está creando la infraestructura necesaria para que el país se abra a las negociaciones internacionales. Debemos recordar, que en el

pasado, el término franquicia denotaba en México una exención de tipo fiscal, por lo que con su inclusión en el Reglamento, se le conceptualiza de forma y manera tal, que su significado es acorde al objeto de nuestro estudio.

Art. 24.- Cuando el proveedor desee celebrar acuerdos de franquicia con dos o más adquirentes, podrá solicitar al Registro la inscripción del modelo de acuerdo que pretenda utilizar, sin perjuicio por lo dispuesto por el artículo 12 de la ley. El modelo de acuerdo sólo podrá ser utilizado a partir de la fecha en que sea expedida la constancia de inscripción correspondiente. Cualquier modificación al modelo de acuerdo registrado, deberá igualmente presentarse para su inscripción en los términos señalados.

En adición al artículo 23 del Reglamento, éste artículo prevé el registro de un modelo base del contrato de franquicia, una vez efectuada la inscripción correspondiente, el franquiciante podrá celebrar un número ilimitado de contratos de franquicia bajo el mismo esquema, debiéndose mencionar el número de expediente y folio de la constancia de inscripción del registro del modelo del contrato de franquicia. Es así, que bajo éste supuesto, se da lugar a la franquicia múltiple.

El artículo 25 del Reglamento, nos señala el supuesto en el que el franquiciatario haya sido autorizado para subfranquiciar. De éste modo, podrá celebrar también modelos de contratos que deban ser registrados bajo las previsiones de los artículos 24 y 26 del mencionado Reglamento.

Por su parte, el artículo 26 establece previsiones comunes a los artículos 24 y 25, indicando que, el franquiciante o el franquiciatario (en el caso de subfranquicia), deberán presentar semestralmente al registro copia autógrafa de cada uno de los acuerdos de franquicia celebrados en dicho periodo conforme al modelo registrado con el franquiciatario o, en su caso, con los subfranquiciatarios.

Finalmente, el artículo 60 del mencionado ordenamiento legal, impone una multa de hasta por el monto de la operación convenida o de hasta 10,000 veces el salario mínimo diario general en el Distrito Federal, en el caso de que la celebración de los acuerdos de franquicia o subfranquicia se realice en términos diferentes a los contenidos en el modelo de acuerdo y sus modificaciones registradas, y no se hubiese procedido a su inscripción en el plazo legal.

Hasta aquí, el análisis del Reglamento respecto a los acuerdos de franquicia se refiere; posteriormente, y en relación a las obligaciones de las partes, estudiaremos otras disposiciones aplicables a ellas.

C) NUEVA LEY DE FOMENTO Y PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Hasta el momento de la presentación para la revisión del presente trabajo de investigación, teníamos conocimiento de que en el Congreso de la Unión se discutía la nueva Ley de Fomento y Protección Industrial, habiendo sido ya aprobada por la Cámara de Senadores. Dicha ley, al momento de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, abrogará la Ley de Inventiones y Marcas y la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, así como su respectivo Reglamento. Sin embargo, consideramos que aun siendo aprobada y publicada en el presente periodo legislativo, su aplicación práctica no se dará sino hasta que sea expedido su respectivo reglamento, toda vez que en la iniciativa de ley, se hacen constantes referencias a dicho ordenamiento.

No obstante lo anterior, consideramos imprescindible el hacer alguna mención sobre el nuevo ordenamiento legal,

partiendo del supuesto que, en el aspecto doctrinario, los conceptos y teorías dados respecto a los elementos del contrato de franquicia, siguen plenamente vigentes, si bien es cierto, que no lo serán los ordenamientos legales que los contemplan.

Ahora bien, éste nuevo ordenamiento, lo podemos encuadrar dentro de las políticas y directrices del Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, en el que se busca un crecimiento de la producción y de los medios productivos, junto con las percepciones de la fuerza laboral y la satisfacción de las necesidades de los consumidores, en forma duradera y estable. Asimismo, se busca incorporar con éxito a la nación en el contexto de la economía internacional. Es por ello, que el desarrollo tecnológico adquiere una significación especial bajo los principales puntos de éste plan, aspecto que repercute directamente en la llamada propiedad industrial.

La nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, tendrá como fines principales el apoyo a la productividad mediante la concordancia del desarrollo económico nacional actual y la norma jurídica; asimismo, buscará elevar los índices de calidad a fin de permitir una mayor y mejor satisfacción de las necesidades de los consumidores.

Por otra parte, el mencionado ordenamiento tratará de insertar ventajosamente a México en la economía internacional mediante la generación y atracción de nuevas tecnologías, permitiendo el otorgamiento de patentes en varias áreas tecnológicas industriales antes vetadas. Así, se evitará permanecer en desventaja frente a la industria de otros países, sobre todo en lo referente a la inversión en la investigación y en la capacidad productiva.

En otros aspectos de la propiedad industrial como lo sería el caso de las marcas, la nueva ley buscará extender los plazos de vigencia de las mismas, a fin de evitar renovaciones tan frecuentes y la consecuente desventaja frente a los extranjeros.

No podemos dejar de reconocer las diferencias existentes entre las legislaciones de los países que tratan la propiedad industrial. Por ello, los países miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, trabajan en la ratificación de un tratado para este año, que armonice en los aspectos sustantivos y formales las diversas leyes de patentes con objeto de hacer más efectiva la protección internacional de las invenciones. Un tratado similar pero en el aspecto marcario, será sometido a ratificación en 1992. Pues bien, ésta nueva ley tratará de armonizar sus disposiciones con las de los

ordenamientos legales de otros países, evitando así, la falta de inversión en México, en el aspecto de invenciones por parte de extranjeros, por temor al plagio, ya que la misma o similar protección existirá en su país que en el nuestro.

Además, uno de los aspectos más novedos que nos presenta la nueva ley, es el relativo a la creación del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial como organismo descentralizado de la Administración Pública Federal. Dicho organismo, brindará el apoyo técnico y profesional que la autoridad administrativa requiera, así como el proporcionar servicio de orientación y asesoría a los particulares, para lograr el mejor aprovechamiento del sistema de propiedad industrial.

En fin, la iniciativa de Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, que consta de 227 artículos divididos en 7 títulos, evitará, en beneficio de los nacionales, los defectos que se originen por una inadecuada protección de la propiedad industrial.

En lo relativo al contrato de franquicia, las disposiciones del mismo se sitúan en el Capítulo VI (De las Licencias y la Transmisión de Derechos) del Título IV (De las Marcas y de los Avisos y Nombres Comerciales), ubicación que

consideramos adecuada, ya que no debemos olvidar que a través del contrato de franquicia se transmiten una serie de derechos ya adquiridos y que hemos analizado.

A continuación, transcribiremos el artículo 142, para que, posteriormente hagamos algunos comentarios al respecto.

Artículo 142.- 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 la quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta 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 guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de ésta Ley.

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

Como vemos, la nueva legislación mantiene un concepto similar al dado por el actual Reglamento, agregando algunos elementos que hemos considerado fundamentales en el contrato de franquicia, como lo sería el caso del mantenimiento de la calidad, así como el prestigio e imagen de la marca que se otorga en franquicia.

Con respecto al segundo párrafo del citado numeral, se incorpora en la nueva ley el novedoso aspecto de proporcionar toda la información que el franquiciatario requiera respecto al negocio que se le otorga en franquicia, esto es, lo que se denomina en inglés "offering circular". Esto, tiene como objeto el dar a conocer al franquiciatario el desarrollo que ha tenido la franquicia en los últimos años. Esta información se proporcionará bajo los términos que establezca el reglamento de la ley, el cual aún no ha sido presentado al Congreso de la Unión para su aprobación.

Finalmente, y en lo referente a la inscripción de los contratos de franquicia, ésta deberá solicitarse a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en los términos que

establezca el reglamento respectivo, la cual podrá negar la inscripción de la franquicia por razones de interés público (art. 150).

Ahora bien, en lo que se refiere al aspecto de transmisión de conocimientos técnicos y la prestación de la asistencia técnica, la nueva ley los regula en el capítulo referente a los secretos industriales, pudiendo ser transmitidos o autorizar su uso a terceros, siendo optativo para las partes el establecer en los contratos respectivos, las cláusulas de confidencialidad que estime pertinentes el titular de dicho secreto industrial.

3.2.1.3 EL NOMBRE COMERCIAL

El nombre comercial se constituye como uno más, de los objetos sobre los que puede versar el contrato de franquicia establecidos en el artículo 23 del Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas.

Asimismo, consideramos conveniente recordar que los convenios o contratos que tengan por objeto la cesión o autorización de uso de nombres comerciales deberán ser

inscritos ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, por lo que el marco legal del contrato de franquicia respecto al nombre comercial, queda perfectamente conformado; en efecto, puede suceder que el nombre comercial también sea objeto de transmisión en el otorgamiento en franquicia de determinado producto o servicio.

Es por ello, que a continuación nos permitiremos estudiar el nombre comercial como uno de los objetos sobre los que puede versar el contrato de franquicia.

3.2.1.3.1 CONCEPTO Y FUNCION DEL NOMBRE COMERCIAL

Dentro del conjunto de derechos conocidos como de propiedad industrial, el nombre comercial tiene como función principal la protección a la negociación mercantil, es decir, busca dar al establecimiento la seguridad jurídica necesaria frente a terceros ¹⁰⁴.

Así, el nombre comercial se considera como un bien intangible, que tiene por su naturaleza, la capacidad de distinguir un establecimiento comercial de otro, representando

104. MANTILLA MOLINA, Roberto L.: op. cit., p.p. 114 y 115.

un enorme valor económico para su poseedor, pudiendo coincidir con la denominación o razón social de la empresa. Sin embargo, esta coincidencia no es muy frecuente, toda vez que puede suceder que la empresa tenga establecimientos comerciales de diversos tipos, a los que quiera imprimir un sello característico y distinto al de otros establecimientos.

Es en éste sentido, que coincidimos con el concepto dado por el Lic. Jorge Barrera Graf ¹⁰⁵, en el que indica que por nombre comercial se puede entender en nuestro derecho, tanto la razón social y denominación de los empresarios colectivos, como el signo distintivo de las negociaciones mercantiles.

Por nuestra parte, consideramos que el nombre comercial se constituye por aquellos signos distintivos que diferencian una sociedad mercantil o negociación mercantil de otra, y que puede o no coincidir con la denominación o razón social de dicha sociedad.

A éste respecto, resulta necesario distinguir el nombre comercial del aviso comercial, ya que en el segundo caso, este se configura con la exclusividad de uso de oraciones o frases para dar publicidad al público de la distinción de

105. BARRERA GRAF, Jorge: Tratado de Derecho Mercantil, 1a. edición, Ed. Porrúa, México, 1958, p. 249.

establecimientos similares. Así, como ejemplo de lo anterior, podemos citar una taquería, cuyo nombre comercial se configura por las palabras Taco Inn, y su aviso comercial por la frase "¡Siempre Mejor!".

Finalmente, y para concluir el presente apartado, creemos conveniente señalar que la función de seguridad a la negociación mercantil que otorga el nombre comercial, se traduce también en el mantenimiento y conservación de la clientela, por lo que un tercero debe ser impedido del uso ilegal del mismo, evitándose así, la confusión entre la clientela.

3.2.1.3.2 ASPECTOS LEGALES RELACIONADOS CON EL NOMBRE COMERCIAL

El nombre comercial se encuentra regulado por los artículos comprendidos del 179 al 188 de la Ley de Invenciones y Marcas publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de febrero de 1976 y por los artículos 105 a 112 de la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial en el momento de su entrada en vigor. A continuación analizaremos las disposiciones de la antigua ley marcaria, indicando las diferencias que guarda con la que entrará en vigor.

El artículo 179 nos indica que el nombre comercial y el derecho a su uso exclusivo gozará de protección sin necesidad de depósito o registro, dentro de la zona geográfica que abarque la clientela efectiva de la empresa o establecimiento industrial o comercial. Este artículo, implica un derecho de propiedad tácito, ya que se contempla un uso exclusivo del mismo. Asimismo, el artículo 185 señala que la transmisión de una empresa o establecimiento incluirá, salvo pacto en contrario, el derecho de uso exclusivo del nombre comercial que ostente, por lo que queda corroborado el derecho de propiedad que implica el mismo.

Ahora bien, quien esté usando un nombre comercial podrá solicitar a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial la publicación del mismo en la Gaceta de Invenciones y Marcas, produciendo el efecto de establecer la buena fe en la adopción y uso del nombre comercial. El mismo, deberá contener necesariamente elementos que distingan a la empresa o establecimiento de otros. Por otra parte, el efecto de la publicación durará cinco años a partir de la fecha de presentación de la solicitud, pudiéndose renovar indefinidamente por periodos de la misma duración (arts. 180, 183 y 184). A éste respecto, conviene indicar que en la nueva ley, los efectos de la publicación durarán 10 años (art. 110).

Es requisito indispensable para obtener la publicación, el demostrar la utilización efectiva del nombre comercial aplicado a un giro determinado de la empresa. Por utilización efectiva deberemos entender la pública manifestación de uso del nombre comercial encaminada a distinguir el establecimiento mercantil de otros similares; por lo mismo, el uso exclusivo del nombre comercial terminará cuando el mismo deje de usarse dentro de un año consecutivo o bien, un año después de que la empresa o establecimiento que lo usa haya desaparecido (arts. 181 y 186).

Asimismo, debemos señalar que al nombre comercial le serán aplicables de manera supletoria, los artículos relativos a la marca, siempre y cuando no haya una disposición especial, y que en los casos en que el mismo se concesione, dicho acuerdo deberá inscribirse ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, siendo aplicables en éste sentido, las disposiciones de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su Reglamento (arts. 187 y 188).

Por último, y como conclusión al apartado relativo al objeto inmediato del contrato que se analiza, consideramos pertinente indicar que el contrato de franquicia suele tener, en cuanto a su transmisión se refiere, una combinación de los

elementos ya señalados, pudiendo inclusive ser adicionados por otros elementos que no son frecuentes como objeto del contrato de franquicia, tal es el caso del aviso comercial.

Bajo éste supuesto, dicha adición dependerá de la naturaleza propia del tipo de negocio que se otorgue en franquicia.

3.2.2 OBJETO MEDIATO

Consideramos oportuno el seguir un esquema clásico de análisis respecto al contrato de franquicia; por ello, -y aunque el presente apartado sea muy breve-, el objeto mediato o indirecto del contrato de franquicia resulta ser de indispensable estudio.

El objeto mediato o indirecto del contrato de franquicia, es aquel que se refiere a las obligaciones engendradas por el mismo, es decir, aquello que puede consistir en un dar, hacer o no hacer 106.

106. BEJARANO SANCHEZ, Manuel: Obligaciones Civiles, 3a. edición, Ed. Harla, México, 1987, p. 68.

En otras palabras, el objeto mediato del contrato de franquicia comprende tanto la conducta debida, o sea, el dar, hacer o no hacer, como la cosa que se da, el servicio que se presta o la abstención misma, y que viene implícito en el otorgamiento de la marca, la transmisión de conocimientos técnicos, la asistencia técnica y el nombre comercial. En los casos del otorgamiento de la marca y/o nombre comercial, la obligación gravita sobre un dar, porque se otorgan en licencia, y en un hacer porque se deben realizar determinados trámites para su otorgamiento. Las mismas, amparan los más variados productos o servicios, más sin embargo, éstos últimos no se entregan físicamente con el otorgamiento de la marca o nombre comercial.

Casos distintos son el de la transmisión de conocimientos técnicos y el de la asistencia técnica, en donde se nos presentan obligaciones de dar o hacer o ambas, esto es, implican una verdadera transmisión de conocimientos y técnicas para la fabricación de determinados productos, o bien, para la prestación de determinados servicios.

Generalmente son objeto del contrato de franquicia, aquellos productos o servicios experimentados y estandarizados con posibilidades de un fuerte desarrollo en los mercados. Dichos productos y servicios traen aparejado una fuerte

publicidad impuesta precisamente por las exigencias de éstos grandes mercados, cuya demanda buscan satisfacer ¹⁰⁷.

Es por todo lo anterior, que podemos deducir, que en principio, cualquier clase de bienes que no estén fuera del comercio, pueden ser susceptibles de venderse bajo el régimen del contrato de franquicia. Sin embargo, debemos recordar que éstos bienes deben contar con la protección de una marca y de una asistencia técnica permanente, de lo contrario, se corre el riesgo de perder los índices de calidad que ha mantenido tan exitosamente el franquiciante, motivo por el cual, busca expandir dicha negociación.

Como vemos, el contrato de franquicia puede versar sobre los más variados productos y servicios, por lo que a manera de ejemplo, nos permitiremos citar las cosas o servicios que pueden ser considerados como objeto mediato del contrato de franquicia a nivel internacional. Así, tenemos lo siguiente: ¹⁰⁸

107. PUENTE MUÑOZ, Teresa: op. cit., p. 101.

108. INFORME ESPECIAL UN MUNDO DE FRANQUICIAS: op. cit.

<u>CONCEPTO</u>	<u>FRANQUICIAS</u>
RESTAURANTES	6,996
HOTELES, MOTELES Y CAMPAMENTOS	518
AGENCIAS DE VIAJES Y DIVERSION	327
PRODUCTOS Y SERVICIOS AUTOMOTRICES	1,708
SERVICIOS EMPRESARIALES	5,851
CONSTRUCCION, SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA	2,813
PRODUCTOS Y SERVICIOS EDUCATIVOS	5,583
LAVANDERIA Y TINTORERIA	27
ALQUILER (AUTOS Y CAMIONES)	5,548
MENUDEO (NO ALIMENTARIO)	3,574
MENUDEO (ALIMENTARIO)	2,101
TOTAL	35,046

Como vemos, y para finalizar el presente apartado, la inmensa mayoría de los sectores o servicios económicos se encuentren comprendidos dentro del sistema de franquicias, haciendo la aclaración de que los datos tomados anteriormente pertenecen a un informe publicado en abril de 1990, por lo que consideramos que los mismos, han sido ya rebasados por mucho en la actualidad en los diversos sectores.

Baste lo anterior, para mostrar los alcances y penetración que está teniendo el contrato de franquicia en nuestros días.

3.2.3 LA CONTRAPRESTACION EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

La contraprestación en el contrato de franquicia se constituye como uno más, de los elementos reales del mismo. En principio, debemos indicar, que el precio se estipula libremente por las partes, quienes acuerdan tanto la cuantía del mismo, como la forma o modo de pago a cargo del franquiciatario; a éste respecto, vale la pena mencionar que la contraprestación puede ser cubierta en dinero o en especie.

El modo más común de cubrir la contraprestación es en dinero, toda vez que se permite valorar con mayor facilidad pecuniariamente la obligación. Así, no obstante que la contraprestación pueda ser cubierta con pagos en especie, la obligación deberá estar valorada en dinero.

Cuando la contraprestación se pacta en dinero, la misma puede cubrirse en moneda de curso legal nacional o en moneda extranjera. En el caso de que el precio se pacte en moneda nacional, estimamos que la problemática al respecto se

minimiza, ya que el franquiciatario cubrirá el precio con la cantidad exacta estipulada en el contrato más, en su caso, algún interés también pactado en moneda nacional.

Ahora bien, cuando el precio se pacte en moneda extranjera, será recomendable fijar en el contrato el tipo de cambio a moneda nacional al que habrá de efectuarse el pago.

A éste respecto, nos permitimos precisar, que no encontramos ningún impedimento para que el precio del contrato de franquicia se pacte en moneda extranjera, ya que si bien es cierto que la moneda extranjera carece de curso legal en nuestro país, aunque no de poder liberatorio, también lo es que la obligaciones contraídas en moneda extranjera tienen plena validez jurídica; como vemos, en numerosos establecimientos se acepta como medio de pago otras divisas con poder liberatorio reconocido internacionalmente como lo sería el caso del dólar americano, siempre y cuando sea aceptado por el acreedor. Es por ello, que podemos concluir con relación a esto, que los usos y prácticas operantes en nuestra sociedad han rebasado por mucho el derecho aplicable.

Por otra parte, si el precio se pacta en especie, deberá determinarse en el contrato cómo va a valorarse el bien o bienes materia de la contraprestación, el cual, y en el caso del contrato de franquicia, puede versar sobre una parte de los productos fabricados o manufacturados que son objeto de la franquicia, o bien, sobre acciones de la sociedad franquiciataria 109.

Pasaremos ahora al estudio de las variantes que puede presentar el pago del precio. Así, el pago de la contraprestación puede ser:

a) Pago inicial:

El que se realiza en contraprestación a la transmisión por parte del franquiciante de la marca, los conocimientos técnicos y el nombre comercial. Asimismo, dicho pago corresponde a la integración del franquiciatario en el proceso productivo y de distribución de productos y/o servicios. En otras palabras, dicho pago único se constituye como el derecho de entrada y participación en el sistema de franquicia que se otorga.

109. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia.....,
p. 47.

El importe del pago es variable, dependiendo de los siguientes factores: 110

- La magnitud e importancia de la inversión a realizar por parte del franquiciatario.
- El éxito, perspectivas y desarrollo del negocio que se otorga en franquicia al franquiciatario.
- La participación y porcentaje que obtenga el franquiciante en las ventas que realice el franquiciatario.

Debemos mencionar que, en nuestra opinión, el pago inicial descansa sobre el éxito que ha desarrollado a lo largo de los años la negociación, por lo que en caso de que se experimente por parte del franquiciatario una pérdida o caída del éxito del negocio otorgado en franquicia no imputable a él, éste tendrá derecho a pedir la devolución del pago inicial más una pena convencional que, en su caso, se pacte entre las partes.

110. cfr. CARDELUS I. GASSIOT, Lluís: op. cit., p. 81.

b) Porcentaje sobre Ventas:

Entendiendo por tal, la aplicación de determinado porcentaje o pagos periódicos relacionados con los resultados de las ventas de la negociación.

Ahora bien, resulta indispensable el precisar en el contrato de franquicia sobre qué tipo de ventas descansará o se aplicará el porcentaje, que suele variar, dependiendo del caso, entre un 5% y un 20%, es decir, la aplicación de dicho porcentaje puede versar sobre las ventas netas o sobre las ventas brutas. Baste con recordar que las segundas se incluyen en las primeras, ya que las ventas netas son las ventas brutas menos los empaques, fletes, impuestos, devoluciones, bonificaciones y, en general, cualquier otro gasto relacionado directamente con la venta del producto o la prestación del servicio ¹¹¹.

c) La Combinación de las dos anteriores:

Por último, cabe hacer la aclaración en el sentido de que el pago de la contraprestación en el contrato de franquicia

¹¹¹. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia....., p. 48.

suele ser una combinación del pago inicial y el porcentaje sobre ventas, pudiendo presentarse un pago inicial elevado y un porcentaje sobre ventas reducido o visceversa.

De cualquier forma, el pago de la contraprestación gravita exclusivamente en el acuerdo de voluntades entre las partes, debiendo ser, en todo caso, equilibrado. Sin embargo, nada impide que el contrato de franquicia sea gratuito, siempre y cuando, se goce con el consentimiento del franquiciante.

3.2.4 LA EXCLUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

A continuación, pasaremos al análisis del último elemento real del contrato de franquicia, esto es, el pacto de exclusiva, el cual implica diversas obligaciones para cada una de las partes que intervienen en él.

Primero, debemos acotar que el pacto de exclusiva debe contemplarse expresamente en el contrato, no puede ser autónomo e independiente de una de las partes, así como tampoco puede acordarse de manera abstracta y general. Es por ello, que debe

estar siempre ligado al contrato principal, por lo que puede tener el carácter de pacto accesorio ¹¹².

Basicamente, el pacto de exclusiva consiste en una limitación a la libertad contractual que, en el caso del franquiciante, implica el no otorgar otro contrato de franquicia en una zona geográfica determinada, mientras que para el franquiciatario, implica la obligación de no vender otros productos distintos a los del objeto del contrato, así como no competir con el franquiciante.

Como vemos, el pacto de exclusiva descansa, de manera especial, en la exclusiva territorial, sin embargo, dicha exclusiva estará sujeta a un plazo que deberá atenderse para poder gozar de la misma ¹¹³.

Respecto a la exclusividad territorial, debemos indicar que el franquiciatario es quien ostenta un mayor interés en que dicha cláusula se incluya en el contrato, ya que, en el ámbito territorial convenido será el único miembro de la red del franquiciante.

112. ARCE GARGOLLO, Javier: Contratos Mercantiles Atípicos....., p. 191.

113. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia....., p. 49.

Al mismo tiempo, el franquiciante garantiza una adecuada y racional distribución de productos o prestación de servicios en una área geográfica determinada, ya que con ese método, evita el crecimiento desorganizado y desmedido, manteniendo un perfecto control sobre su red de franquicias.

Pensemos en la problemática que se pudiera presentar en el caso de que una red de franquicias careciera de una zona geográfica de actuación para cada franquicia, toda vez que entre los mismos franquiciatarios comunes a dicha franquicia, se produciría una invasión de sus esferas territoriales.

En algunos otros sistemas jurídicos, como lo sería el caso del español, el pacto de exclusividad en el contrato de franquicia también se refiere al aprovisionamiento de la materia prima a cargo del franquiciatario, con la finalidad de mantener los mismos índices de calidad de los productos que se ofrecen originalmente por el franquiciante.

En México, la exclusividad señalada anteriormente, se considera como causa de negativa de inscripción ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, respecto a los contratos de franquicia que impongan al franquiciatario la obligación de adquirir equipos, herramientas, partes o materias primas, exclusivamente de un origen determinado, existiendo

otras alternativas de consumo en el mercado nacional o internacional (fr. IV, art. 15, de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas; aplicable al contrato de franquicia).

3.3 ELEMENTOS FORMALES

Los elementos formales en un contrato se presentan cuando el mismo, se constituye como un acto jurídico con manifestación exterior de voluntad; por lo mismo, la forma es como se expresa dicha voluntad, esto es, el conjunto de elementos sensibles que se dan en torno a la expresión de la voluntad, por lo que la mayor parte de los contratos, como manifestación exterior de la voluntad, deberán tener necesariamente una forma ¹¹⁴.

Es así, que debemos distinguir entre un contrato con determinada forma impuesta por la ley, a otro que no la tiene. El contrato de franquicia como tal requiere de ciertas formalidades, aunque no impuestas por la ley.

114. BEJARANO SANCHEZ, Manuel: op. cit., p. 85.

No obstante lo anterior, recordemos que el contrato de franquicia lleva implícito la concesión de uso de marcas o nombres comerciales y la transmisión de conocimientos técnicos o asistencia técnica. En tales casos, el contrato de franquicia requiere que se otorgue por escrito y, además, que el mismo sea registrado.

Es por ello, que dichas formalidades constituyen un elemento de validez del contrato, toda vez que la omisión de las mismas y que la propia ley exige, trae como consecuencia que el contrato en cuestión pueda ser impugnado, o bien, que no surta efectos frente a terceros, por lo que la falta de la forma escrita, así como la inscripción, produciría una nulidad relativa de dicho contrato, ya que al otorgarse por escrito e inscribirse, aún de manera extemporánea, estaría perfectamente conformada su validez ¹¹⁵.

Por lo que se refiere a la concesión del uso o autorización de explotación de marcas, debemos mencionar que una vez registrada ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, se requerirá, para su concesión a otro usuario, que el contrato por el que se efectúa dicho acto jurídico se inscriba ante la Dirección General de Invenciones y Marcas y

¹¹⁵. SANCHEZ MEDAL, Ramón: op. cit., p. 64.

Desarrollo Tecnológico en los términos del artículo 135 de la Ley de Invenciones y Marcas.

Respecto al nombre comercial, recordemos que es optativo para el titular del mismo su publicación en la Gaceta de Invenciones y Marcas, por lo que no consideramos que su otorgamiento, requiera de alguna formalidad especial.

Sin embargo, el artículo 11 de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, nos indica que estarán afectados de nulidad relativa los actos, convenios o contratos a que se refiere el artículo 2o del mismo ordenamiento, cuando no hayan sido inscritos ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología; entre dichos actos, se contempla la concesión del uso o autorización de explotación de marcas o bien, de nombres comerciales.

Bajo ese mismo supuesto se encuentran la transmisión de conocimientos técnicos y la prestación de asistencia técnica. Es decir, nos referimos al contrato de transferencia de tecnología.

Es por todo lo anterior, que podemos concluir que el contrato de franquicia es un contrato formal ya que, como

vemos, el mismo será invalido o nulo de manera relativa, si alguno de sus elementos carece de registro.

Finalmente, creemos conveniente poner de manifiesto la novedosa forma que previene el Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas para la inscripción de los acuerdos de franquicia en los que el franquiciante desee celebrarlos con dos o más franquiciatarios. En tal sentido, será menester registrar el acuerdo de modelo que se vaya a utilizar ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología una sola vez, debiendo presentar semestralmente al registro copia autógrafa de cada uno de los acuerdos celebrados conforme al modelo registrado. Es así, que podemos observar el gran interés que tienen las autoridades en simplificar al máximo éste sistema jurídico en beneficio de la economía y el desarrollo nacional. Cabe mencionar, que la nueva ley no contempla de manera específica la posibilidad de registrar un solo modelo respecto a determinada franquicia.

3.4 OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES

Es así, como llegamos al estudio de las obligaciones y derechos de cada una de las partes en el contrato de franquicia. Esto es, se analizarán aquellas que deben otorgar y tienen derecho a recibir los contratantes. En este sentido, creemos conveniente precisar que el contenido obligacional en un contrato gravita exclusivamente sobre las partes integrantes del mismo.

A continuación, se analizarán los derechos y obligaciones del franquiciante, para después pasar a las del franquiciatario, no sin antes indicar que las obligaciones del franquiciante corresponderán a los derechos del franquiciatario, y las obligaciones de éste, a los derechos de aquel.

3.4.1 OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE

El contrato de franquicia trae aparejadas múltiples obligaciones para el franquiciante; dichas obligaciones variarán dependiendo del tipo de contrato de franquicia. Es

por ello, que a éste respecto, consideramos oportuno advertir que la mayoría de las obligaciones que a continuación desarrollaremos podrán o no presentarse en determinados tipos de contratos de franquicias, por lo que las obligaciones que se estudiarán serán tratando de abarcar a todas las modalidades de este contrato.

Las principales obligaciones a cargo del franquiciante son las siguientes:

a) **Permitir el uso de las marcas:** Esta se constituye como una de las principales obligaciones del contrato de franquicia, ya que debemos recordar, que las marcas cuyo uso se concede con el contrato, son marcas de reconocido prestigio y éxito comercial, por lo que el modo que tiene el franquiciatario para asegurar la continuidad del éxito en su negociación, dependerá en gran medida, de las marcas que se le conceden con el contrato de franquicia.

Por otra parte, ésta obligación distinguirá al contrato de franquicia de los contratos de suministro, distribución o concesión mercantil y de transferencia de tecnología ¹¹⁶.

¹¹⁶. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia....., p. 52.

b) Autorizar el uso de nombres comerciales: Es una obligación que, en determinados casos, se deriva de la anterior. El uso de un nombre comercial puede ser de tanta importancia como la concesión de uso de una marca, ya que la clientela suele asociar determinado producto o servicio con dicho nombre y, en algunas ocasiones, con determinado aviso comercial.

c) Transmisión de conocimientos técnicos: Respecto a ésta obligación, se deberá especificar en el contrato de franquicia el modo de la transmisión, de tal manera que se pueda garantizar el éxito en la explotación de la negociación mercantil que se otorga en franquicia. Como obligación de hacer, la misma puede variar durante la vigencia del contrato, por lo que será necesario atender a la etapa de desarrollo en que se encuentra la explotación de la negociación mercantil, para poder conocer en qué gravita exactamente la transmisión de conocimientos técnicos. Asimismo, dichos conocimientos técnicos deberán tener determinadas calidades para evitar que el franquiciatario adquiera tecnología obsoleta.

Otras obligaciones que se refieren a la transmisión de conocimientos técnicos son las siguientes:

- En caso de que así se estipule en el contrato de franquicia, se deberá otorgar la concesión para la explotación de patentes, especificando las mismas con su registro, los productos o procedimientos que ampara y los medios para su adecuada explotación ¹¹⁷.

- Proporcionar la información necesaria para el establecimiento de la negociación mercantil que se otorga en franquicia.

- Proveer de manuales para la operación y procedimientos de la franquicia.

- Otorgar formación y adiestramiento al franquiciatario y a su personal en los campos técnico, comercial, financiero, contable, fiscal y de gestión.

d) Otorgar asistencia técnica permanente: Pudiendo cumplirse dicha obligación mediante visitas periódicas, a requerimiento del franquiciatario, o bien, los dos anteriores.

¹¹⁷. Ibidem.

e) **Puesta a disposición de las mercancías:** Poner a disposición del franquiciatario las mercancías que componen su surtido o, garantizar la puesta a disposición del mismo franquiciatario de dichas mercancías cuando no sean fabricadas por el franquiciante.

f) **Incorporar nuevos productos y mejorar los existentes:** Para conseguir un paulatino aumento de la calidad en beneficio de ambas partes.

g) **Avocarse a la realización de campañas publicitarias permanentes:** Esto dependerá de lo acordado en el contrato por las partes, ya que la publicidad de tipo general respecto a toda la cadena de franquicias será a cargo del franquiciante, pudiendo compartir los gastos con los franquiciatarios, sin embargo, y respecto a la publicidad específica de cada uno de los negocios otorgados en franquicia, los gastos de la misma, será responsabilidad exclusiva de cada uno de los franquiciatarios 118.

h) **Determinar y supervisar los niveles de calidad:** Con ésto se busca que el negocio otorgado en franquicia mantenga los niveles de calidad que han hecho de éste producto o

118. GENERALITAT VALENCIANA: op. cit., p. 147.

servicio el preferido por la clientela. Es por ello, que 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 119.

i) Programar sus precios: Contabilizando sus propios intereses con los de rentabilidad y seguridad que el contrato de franquicia otorgue al franquiciatario.

j) Exclusividad: Respetar las cláusulas de exclusividad que hubieren sido otorgadas por las partes.

k) Otros: En fin, otorgar o realizar todos aquellos actos que sean necesarios para la adecuada explotación de la negociación que se otorga mediante el contrato de franquicia.

3.4.2 OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO

De igual manera como se comentó en el caso del franquiciante, las obligaciones del franquiciatario variarán

119. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia.....
p. 54.

dependiendo del tipo de contrato de franquicia que se otorgue. Así, podemos citar las siguientes obligaciones a cargo del franquiciatario:

a) **Realizar el pago de la contraprestación pactada:** La consideramos como la más importante de entre las que debe prestar el franquiciatario. Baste pues con recordar, que el pago de la contraprestación puede consistir en un pago inicial, en un porcentaje sobre las ventas o bien, en ambos.

b) **Respetar la imagen de la franquicia:** Lo cual lleva implícito usar las marcas o nombres comerciales, mantener una adecuada política publicitaria y promocional de acuerdo a las necesidades de la franquicia en cuestión, hacer buen uso de los conocimientos técnicos que se le transmiten, y respetar y guardar la confidencialidad durante la vigencia del contrato, y de contribuir mediante el cumplimiento de las directrices pactadas con el franquiciante a la buena reputación comercial y éxito de la cadena de franquicias.

c) **Situar el establecimiento con aprobación del franquiciante:** El franquiciatario podrá, dentro del área geográfica que le determine el franquiciante, seleccionar el lugar donde se ubicará el establecimiento donde se explotará la franquicia, con la aprobación y sujeto a las especificaciones

de construcción, instalación, decoración, publicidad, distribución del local, mobiliario, equipo, vestimentas, etc., que le señale el franquiciante 120.

d) Disponer de un stock de mercancías suficiente, en calidad y variedad: Para satisfacer las necesidades de la clientela, adquiriendo los productos de aquellas fuentes que cumplan con las especificaciones exigidas por el franquiciante. Puede suceder, que de acuerdo a lo estipulado con el contrato, se exija un stock mínimo en almacén.

e) No celebrar acuerdos de subfranquicia: Sin la autorización expresa del franquiciante.

f) Aplicar los precios de venta aconsejados por el franquiciante o pactados en el contrato: Ya sea a los productos o servicios, dependiendo en todo caso, del tipo de franquicia.

g) Respetar las normas de explotación y gestión del negocio otorgado en franquicia: Llevando adecuadamente la contabilidad y aceptando los controles e inspecciones que el franquiciante realice de acuerdo con lo estipulado en el contrato.

120. *ibidem.* p.p. 56 y 57.

h) **Informar al franquiciante de la evolución del negocio:** Con la finalidad de poder determinar el paulatino éxito o fracaso de la franquicia, implementando, según sea el caso, las medidas necesarias tendientes a la mejoría de la situación económica de la misma.

i) **Respetar los pactos de exclusiva que se hubieren acordado en beneficio de ambas partes:** Esto trae aparejado, que el franquiciatario no podrá vender otros productos o prestar otros servicios distintos a los otorgados en la franquicia bajo el mismo concepto de ésta, es decir, no podrá utilizar la marca, nombre o aviso comercial y conocimientos técnicos para la venta de otros productos que no se encuentren comprendidos dentro de la franquicia.

j) **A la terminación del contrato:** El franquiciatario deberá suspender el uso de la franquicia, lo que implica dejar de usar las marcas, nombres y avisos comerciales, así como los conocimientos técnicos transmitidos por el franquiciante. Asimismo, deberá dejar de operar la negociación o hacer negocios bajo el nombre del franquiciante, para evitar hacer caer a la clientela en la confusión, pensando que aún existe alguna relación entre las partes 121.

121. loc. cit. p. 61.

3.5 TERMINACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Es así, como llegamos al último apartado del presente capítulo. En éste apartado, nos referiremos a los problemas que se crean con la terminación del contrato, no sin antes advertir, que el contrato de franquicia es un contrato a largo plazo, ésto es, se busca la permanencia en la relación contractual, ya que la infraestructura que se crea con motivo de la celebración del mismo, implica fuertes inversiones y acondicionamientos, por lo que no sería costeable para ninguna de las partes un contrato de franquicia de vigencia reducida.

En otras palabras, el contrato de franquicia debe tener una duración suficiente para que el franquiciatario pueda amortizar su inversión ¹²².

En cualquier caso, el contrato objeto del presente trabajo de investigación, terminará por aquellas causas comunes a todos los contratos, es decir, por cumplimiento del término cuando éste fue establecido, terminación anticipada de las obligaciones de alguna de las partes, muerte, etc.

122. ELIAS OSTUA, Raúl de: El Franchising, Tratamiento Mercantil y Fiscal, en Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Madrid, No. 94, 1985, p. 250.

Ahora bien, a continuación analizaremos las causas más comunes de terminación del contrato de franquicia; a saber:

a) Por vencimiento del plazo para el que se otorgó: La expiración del plazo para el que se otorgó el contrato de franquicia es una causa normal de terminación del mismo. Cuando éste contrato termina así, no requiere de obligaciones especiales de las partes, es decir, no se proporcionan avisos de ninguna índole entre ellas.

En principio, no encontramos ningún inconveniente para que el contrato de franquicia sea pactado por un plazo indeterminado, más aún, si tomamos en cuenta que debe buscarse la permanencia en la operación. Recordemos que la imposibilidad de registro contenida en la fracción III, del artículo 16 de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, respecto a los contratos que establezcan términos excesivos de vigencia, se refiere a contratos que excedan de 10 años obligatorios para el adquirente, por lo que nada impide que con el consentimiento del franquiciatario, se celebren contratos por un plazo indefinido.

No obstante lo anterior, consideramos que en tal supuesto será necesario reforzar el acuerdo contractual con una cláusula de pre-aviso de terminación del contrato respecto a cualquiera de las partes y, a su falta, se seguirán y tomarán en cuenta las circunstancias propias del caso. En tal sentido, se deberá tener cuidado en evitar, por cualquiera de las partes, terminaciones que se den fuera de momento o de manera precipitada.

Por otra parte, una vez terminado el contrato, en el caso de que se establezca a plazo, puede suceder que las partes decidan continuar con el mismo. En dicho supuesto, debemos considerar que lo anterior podrá tener lugar por otro periodo igual, menor o mayor al que se contrató originalmente. Respecto a la actualización de éste supuesto, y para que se de la renovación de contrato, se sugiere que tal situación se incluya en el contrato original, aunado al hecho de que las partes firmarán un convenio modificatorio a dicha cláusula, en el que se estipule el nuevo plazo pactado. Si esto no es previsto en el contrato original, será necesario celebrar y firmar un nuevo contrato de franquicia.

b) Preaviso de alguna de las partes: Siguiendo al Lic. Javier Arce Gargollo ¹²³, indicaremos que éste preaviso estará pactado en el contrato con un plazo mínimo de anticipación y alguna formalidad para hacerlo saber a la contraparte. Este preaviso, deberá operar en principio, después de un plazo mínimo de transcurrido el contrato de franquicia, porque recordemos que se busca la permanencia en el mismo.

c) Terminación anticipada por incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes: A éste respecto, el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que la facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera con sus obligaciones. Este artículo se refiere a la posibilidad durante la vigencia del contrato, de que alguna de las partes incumpliera con obligaciones importantes establecidas a su cargo, en tal supuesto, la otra parte no estaría obligada al cumplimiento de las suyas y podría exigir de su contraparte, el cumplimiento de las obligaciones o rescisión del contrato, más el pago de daños y perjuicios en su caso.

¹²³. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia...., p. 64.

Es conveniente indicar de manera expresa ésta cláusula, con la finalidad de que se evite la intervención judicial para declarar la rescisión.

d) Muerte del Franquiciatario: Nos referimos al caso de que el franquiciatario sea una persona física. Recordemos que el más fuerte pilar sobre el que descansa el contrato de franquicia es la confianza recíproca entre las partes, por ello, a la muerte del franquiciatario, las capacidades especiales del mismo desaparecerán, por lo que el contrato terminará.

Como el proceso de selección se da de franquiciante a franquiciatario, no vemos por qué habría de concluir el contrato por la muerte del primero, toda vez que la franquicia sería heredada por su sucesión, sin embargo, las condiciones de contratación deberán permanecer inalterables.

e) Quiebra de alguna de las partes: En éste sentido, la quiebra imposibilitaría a cualquiera de las partes para continuar realizando operaciones con la franquicia, toda vez que se produciría la desposesión de los bienes del declarado en quiebra por sentencia judicial. Los mismos efectos pueden ser considerados para el caso de la suspensión de pagos.

f) Otras causales de terminación: Dentro de éstas causales podemos citar problemas de tipo laboral para cualquiera de las partes como lo sería el caso de la huelga prolongada; asimismo, otros problemas judiciales prolongados y sus consecuencias, como lo son el embargo o secuestro de los bienes de las partes, en cuyo caso se imposibilitaría la continuación de la relación contractual.

Finalmente, debemos precisar que a la terminación del contrato de franquicia, el franquiciatario deberá cumplir con determinadas obligaciones como lo serían el no usar la marca o nombre comercial, abstenerse de seguir explotando la negociación, devolución de equipo, mercancías en existencia y documentación informativa sobre el know-how o procedimientos de fabricación y traspasar las órdenes o pedidos pendientes de fabricación o entrega que tenga el franquiciatario al franquiciante, así como los anticipos recibidos por tal concepto 124.

124. *Ibidem.* p. 67.

CAPITULO IV.- DIFERENCIACION CON OTRAS FIGURAS AFINES Y DETERMINACION DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

4.1 DIFERENCIACION CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS AFINES

Si bien es cierto que el contrato de franquicia posee determinadas características que delimitan perfectamente su campo de aplicación, también lo es el hecho de que con mucha frecuencia se le confunde con otras figuras afines en las que puede participar alguno de sus elementos. Sin embargo, esto no significa que el contrato de franquicia sea un apéndice de otras figuras jurídicas sino que, por el contrario, la participación de los elementos de otras figuras en una sola, nos lleva necesariamente a pensar en una novedosa figura jurídica.

Por lo mismo, el contrato de franquicia se asemeja, en nuestra opinión, a los de agencia, de suministro, de distribución y de concesión administrativa. A continuación, analizaremos brevemente estas figuras para dejar asentado en

cada caso su diferenciación respecto al contrato objeto de la presente investigación.

4.1.1 CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL

El contrato de agencia no está regulado específicamente como tal en nuestra legislación, sólo existen algunas referencias vagas y confusas en dispositivos de diversas legislaciones.

Podemos conceptualizar al contrato de agencia como aquel por el cual un empresario de manera permanente, mediante una remuneración y con una cierta independencia, asume el encargo de preparar o realizar contratos mercantiles por cuenta de otro empresario ¹²⁵.

Por otra parte, el contrato de agencia suele llevar aparejado el hecho de que la agencia se ejercite en una zona geográfica determinada, característica que consideramos ambigua, sobre todo si pensamos que la actividad de preparar y cerrar contratos mercantiles es de difícil limitación geográfica.

¹²⁵. SANCHEZ CALERO, Fernando: op. cit., p. 374.

Como vemos, el contrato de agencia mantiene una dudosa afinidad con el de franquicia, ya que la actividad del agente no es la de adquirir una marca y cierta tecnología para emprender una determinada negociación comercial, industrial o de servicios propia, sino que su actividad se limita a preparar y atraer determinados tipos de contratos con el empresario que así se lo solicita, aunado al hecho de poder celebrar dichas transacciones por cuenta y orden de éste último. Así, la afinidad entre estas dos figuras jurídicas la podemos ubicar exclusivamente en el hecho de que tanto el agente como el franquiciatario, son empresarios o comerciantes independientes.

Finalmente, debemos destacar la circunstancia de que la afinidad más significativa entre estos contratos deriva del ánimo del gran público consumidor, al considerar que la palabra agencia es sinónimo de otras más, como lo sería el caso de la sucursal, franquicia, comercializadora, etc., lo que provoca que el público no identifique con absoluta claridad estas figuras. De cualquier modo, consideramos que dicha situación carece de mayor relevancia frente a dicho público, toda vez que aunque se presenta la confusión, invariablemente busca la calidad en el producto que adquiere o la eficiencia en el servicio que contrata, sin importarle la figura jurídica bajo la cual dicho comerciante o servicio se organice.

4.1.2 CONTRATO DE SUMINISTRO

El contrato de suministro resulta ser, en nuestro derecho, un contrato nominado y atípico. Por lo que se refiere a éste contrato como nominado, nuestro Código de Comercio, en su enumeración de actos de comercio, señala como tales, en la fracción V del artículo 75, a las empresas de abastecimientos y suministros.

En nuestra opinión, el suministro implica un abastecimiento periódico de acuerdo a lo mencionado anteriormente, por lo que crea obligaciones duraderas o de tracto sucesivo para las partes que intervienen en el mismo.

Para algunos, el contrato de suministro es una modalidad del contrato de compraventa, ya que se habla de venta por suministro, por lo que la causa de ambos contratos es la misma, con la salvedad hecha de que en el caso del contrato de suministro, el comprador pretende que las mercaderías que adquiere le sean entregadas en prestaciones periódicas a lo largo del tiempo que dure el contrato, para poder atender así,

las necesidades que se le presenten en ese periodo ¹²⁶.

Así, el contrato de suministro puede ser definido como aquel por el cual una de las partes se obliga, mediante un precio, a ejecutar a favor de la otra, determinadas prestaciones periódicas o continuadas de cosas ¹²⁷.

Por lo que se refiere al contrato de franquicia, recordemos que la asistencia técnica que presta el franquiciante al franquiciatario se da durante todo el tiempo de vigencia del contrato, es decir, la asistencia técnica se presta periódicamente a través de visitas del franquiciante, proporcionando éste al franquiciatario manuales, planos, sistemas operativos y de contabilidad, etc. En éste sentido, es que podemos hablar de una cierta afinidad entre el contrato de suministro y el contrato de franquicia.

Sin embargo, los efectos del contrato de suministro se agotan en la prestación periódica de lo contratado, mientras que en el caso del de franquicia, la asistencia técnica durante la vigencia del contrato viene a ser uno más de los elementos del mismo, ya que también se contrata la licencia de uso de una

126. PUENTE MUÑOZ, Teresa: op. cit., p. 59.

127. MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo V, traducción de Santiago Santis Melendo, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, p. 150.

marca exitosa, la transferencia de tecnología, la independencia de una negociación propia, etc., por lo que la diferencia entre ambas figuras queda claramente manifiesta.

4.1.3 CONTRATO DE DISTRIBUCION O CONCESION MERCANTIL

Creemos, que en la práctica, la figura jurídica que más se asimila al contrato de franquicia es, sin lugar a dudas, el contrato de distribución o de concesión mercantil. En éste último caso, recordemos que también existe el contrato de concesión administrativa que posteriormente analizaremos.

Es así, que al igual que ocurre con la figura de la franquicia, las partes que intervienen en el contrato de concesión mercantil, es decir, el concedente y el concesionario, buscan una finalidad común en la celebración del contrato, ésto es, la permanencia en la relación y el éxito en el adecuado desarrollo de la negociación mercantil. Por lo mismo, ésta figura no sólo debe ser considerada como un contrato semejante a la compraventa, sino más bien como uno de "asociación" entre las partes que lo integran, ya que tanto el concedente como el concesionario no tienen intereses contrapuestos en términos absolutos, advirtiéndose desde luego

que dicha "asociación" no es resultado de la constitución de un ente colectivo al cual el derecho le reconoce personalidad jurídica frente a terceros, aún cuando puede suceder que tanto el concedente como el concesionario sean personas morales debidamente constituidas conforme a la ley.

Sobre la definición de concesión mercantil, se considera adecuada la definición que da Champaud ¹²⁸, en el sentido de que "existe concesión mercantil cuando un comerciante-concesionario- pone su empresa de distribución -o de venta- en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial, llamado concedente, para asegurar en un territorio determinado, durante un periodo de tiempo limitado y bajo la vigilancia (dirección) del concedente, la distribución de sus productos, de los que le ha sido concedido el monopolio de reventa".

Por su parte, el Lic. Javier Arce Gargollo ¹²⁹, conceptualiza ésta figura como "aquella por la que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale".

128. CHAMPAUD: La Concesión Comercial, citado por Teresa Puente Muñoz: op. cit., p. 43.

129. ARCE GARGOLLO, Javier: Contratos Mercantiles Atípicos....., p. 177.

Conviene mencionar, que el contrato de concesión mercantil podrá o no incluir un pacto de exclusiva para la reventa de los productos, sin embargo, ésto es lo menos frecuente en esta figura jurídica.

No obstante las semejanzas entre ambos contratos, las características que los diferencian son bien marcadas. Primeramente, consideramos que la inclusión de la marca y la transferencia de tecnología en el contrato de franquicia, no se da en el contrato de concesión mercantil; por lo mismo, dos de los elementos esenciales de la franquicia no se presentan en la otra figura jurídica que nos ocupa.

Por otra parte, en el contrato de concesión mercantil, el objeto principal es la adquisición de productos del concedente para revenderlos, por lo que quedan excluidos la transformación, modificación, producción y operación que se suelen presentar en el contrato de franquicia y que constituyen el mantenimiento de la calidad y servicio del negocio franquiciado. No sólo se vende un producto o se presta un servicio, sino que ésto se debe realizar bajo los mismos índices de calidad que mantiene el franquiciante.

Finalmente, la franquicia necesariamente debe incluir una asistencia técnica y asesoría permanentes, con la finalidad de que el desarrollo de la misma sea de acuerdo a lo querido por las partes en su mutuo beneficio, mientras que en el contrato de concesión mercantil, dicha asesoría se limita a la imposición de precios de reventa, condiciones y plazos para su operación.

4.1.4 LA CONCESION ADMINISTRATIVA

Finalmente, el contrato de franquicia guarda cierta similitud con el acto de concesión administrativa el cual, en nuestra opinión, más que constituirse como un acuerdo de voluntades, es una declaración unilateral de voluntad por parte del Estado. Esto, debido al hecho de que en el acto de concesión administrativa, no existe igualdad entre las partes contratantes sino que, por el contrario, existe una relación de supra-subordinación, en la que el Estado impone las bases y condiciones para su adecuado otorgamiento.

La concesión administrativa puede ser definida como el acto por el cual 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 exclusivos que comprende la propiedad industrial 130.

Es precisamente debido al hecho, de que la Administración Pública Federal concede un bien propiedad del Estado, o un servicio público, que éste tipo de actos carecen de un verdadero acuerdo de voluntades, es decir, la potestad estatal y soberana se levanta por encima de los intereses de los particulares.

Si bien es cierto que tanto en la franquicia como en la concesión administrativa se otorga en concesión un bien, también lo es el hecho de que las partes concedentes, en una y otra figura, actúan en distintos planos frente a sus concesionarios, esto es, que mientras en el contrato de franquicia el franquiciante actúa en un plano de igualdad con respecto al franquiciatario, ya vimos que en el acto de concesión administrativa, el Estado asume una posición superior o soberana frente al particular. Esto es fácil de entender si tomamos en cuenta que los intereses en juego en cada una de

130. SERRA ROJAS, Andrés: Derecho Administrativo, 8a. edición, Ed. Porrúa, México, 1973, p. 44.

éstas figuras, son diametralmente distintos; en el primer caso intereses particulares, mientras que en el segundo intereses públicos.

Por lo mismo, en el caso del contrato de franquicia, se configura un verdadero acuerdo de voluntades, cosa que no sucede en el acto de concesión administrativa, en el cual se nos presenta más bien una declaración unilateral de voluntad, situación que tiene efectos inclusive en la terminación del contrato, ya que el Estado puede dar por terminada la concesión administrativa de manera unilateral.

Finalmente, debemos recordar que el Estado busca con la concesión administrativa, la satisfacción de necesidades públicas, pudiendo presentarse o no la especulación y lucro, en tanto que el franquiciante, siempre buscará satisfacer sus necesidades particulares mediante la especulación y el lucro.

4.2 NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Una vez realizado el análisis de la clasificación y de los elementos del contrato de franquicia, así como la diferenciación del mismo respecto a las principales figuras

afines, estamos en la posibilidad de establecer la naturaleza jurídica de la figura estudiada. Como vemos, esta labor no hubiera sido posible, si no hubieramos realizado previamente un estudio detallado del contrato.

En primer término, debemos tomar en cuenta, que para realizar el estudio exitoso de la naturaleza jurídica de una figura, éste debe tratar de realizarse en la medida de lo posible, bajo la perspectiva de que los esquemas tradicionales del régimen jurídico contractual no son de mucha utilidad, debido al hecho de que la institución jurídica estudiada posee características únicas que lo distinguen perfectamente de otros contratos. Sin embargo, no podemos negar la importancia de dichos esquemas tradicionales para poder comprender con mayor precisión el contrato, cuya naturaleza jurídica se pretende determinar, de lo contrario, se cometería el error de considerar a todo contrato como de naturaleza jurídica sui generis.

Así, podemos considerar al presente apartado como una síntesis de la investigación realizada ya que se pretenderá responder con relativa facilidad a la pregunta, qué es el contrato de franquicia.

Pues bien, el contrato de franquicia posee una naturaleza jurídica propia. En éste sentido se pronuncia el Lic. Javier Arce Gargollo ¹³¹, quien además añade lo siguiente: "El contrato de franquicia tiene particularidades propias que no permiten asimilarlo a los contratos típicos ya existentes o a otras novedosas figuras mercantiles nacidas en la práctica de los negocios y que se celebran frecuentemente en México".

Consideramos que ésta afirmación encuentra apoyo en la diferenciación que realizamos en éste mismo capítulo, respecto a otras figuras jurídicas afines, diferenciación que se reduce a una de primera importancia y que es el hecho de que la franquicia implica la licencia de uso de marca y la transferencia de tecnología o know-how, por lo cual se estima que estamos en la presencia del nacimiento de una nueva figura jurídica contractual.

Aún cuando el multicitado contrato posee una naturaleza jurídica propia, el mismo es un contrato atípico, puesto que sus características se basan en otras instituciones jurídicas típicas, además, la relación entre las partes contratantes no está regulada en nuestro derecho. Sin embargo, el contrato de

¹³¹. ARCE GARGOLLO, Javier: El contrato de franquicia..., p. 70.

franquicia si es un contrato nominado y goza en la actualidad de eficacia, ya que cada vez con mayor frecuencia se escucha su terminología en todos los ámbitos de nuestro país, ésto es, se ha logrado una aceptación social en el sentido de entender al contrato de franquicia de acuerdo al objeto y sentido de la presente investigación aunque, desde luego, existe todavía mucho camino por recorrer para comprender a ésta figura con mayor precisión y obtener sus beneficios con mayor frecuencia.

Por lo mismo, y al ser un contrato atípico, la normativa del mismo se regirá, ante todo, por las reglas contractuales establecidas para los contratos típicos y por la voluntad de las partes, siempre y cuando ésta no sea contraria a la ley ni a las buenas costumbres.

Ahora bien, consideramos a la atipicidad del contrato de franquicia como un reto y como un aliciente que permita un mayor esfuerzo en el ámbito doctrinal de nuestro país, con la primordial finalidad de que se cuente, en un futuro no muy lejano con disposiciones legales adecuadas que nos permitan resolver de mejor manera los conflictos que se puedan ocasionar entre las partes contratantes.

Otro aspecto importante que conviene precisar respecto a la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, es el

relativo a si el mismo puede ser considerado como un contrato de adhesión o no.

A éste respecto, y siguiendo a Don Manuel Borja Soriano ¹³², consideramos pertinente el precisar que se pueden distinguir seis particularidades en el contrato de adhesión, a saber:

1. **La oferta se hace a una colectividad:** En éste sentido, debemos recordar que la oferta que realiza el franquiciante no se efectúa a una colectividad, sino que, por el contrario, éste busca en el franquiciatario determinadas y específicas capacidades y cualidades, o lo que es lo mismo, el franquiciante no arriesgará años de esfuerzo en la consolidación frente al público de una imagen y prestigio para que la misma sea destruida por la inexperiencia e indisciplina de cualquier persona.

Por lo mismo, las cualidades para poder ser considerado entre los candidatos a franquiciatario son muy rigurosas, partiendo del supuesto que solo uno será elegido respecto a determinada franquicia en un área geográfica exclusiva, tomando

¹³². BORJA SORIANO, Manuel: Teoría General de las Obligaciones, 10a. edición, Ed. Porrúa, México, 1985, p. 131.

en consideración su capacidad en diversos ámbitos y, a caso más, su honorabilidad.

Es así, que en éste aspecto, no consideramos que el contrato de franquicia pueda ser considerado como un contrato de adhesión.

2. El convenio es obra exclusiva de una de las partes: Esto se refiere al hecho de que el contrato se encuentre ya, inclusive, debidamente impreso, es decir, el franquiciatario no intervendría en la redacción del instrumento.

Sin embargo, y si bien es cierto que es el franquiciante es quien impone la mayoría de las condiciones de otorgamiento de la franquicia, también lo es el hecho de que el franquiciatario se encuentra en la posibilidad de negociar algunas cláusulas, como lo sería el caso de la contraprestación y de la ubicación geográfica del establecimiento, lo cual se dejará a lo acordado entre las partes.

3. La reglamentación del contrato es compleja: Como hemos visto, el contrato de franquicia no posee, en sí mismo, una reglamentación compleja o abundante. Sin embargo, sus elementos sí están abundantemente reglamentados por diversos ordenamientos legales.

Aún así, ésta característica no es exclusiva del contrato de adhesión, ya que piénsese por ejemplo en el de compraventa, en el que, si bien es cierto existe el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, también lo es el hecho de que las relaciones entre las mismas, son específicamente reguladas.

4. La situación del que ofrece es preponderante: Es decir, la voluntad del franquiciante se manifiesta a través del establecimiento de la mayoría de las cláusulas principales.

En éste sentido, consideramos que el contrato de franquicia sí puede ser de adhesión, y ésto es lógico, ya que el que ofrece goza de un fuerte prestigio en el medio comercial, prestigio que hará valer frente a las personas que deseen integrarse a su red de franquicias.

5. La oferta no puede ser discutida: Ya nos referimos al hecho de que el franquiciatario sí puede negociar determinadas cláusulas, incluyendo la que consideramos como la más importante para él, ésto es, la contraprestación.

6. El contrato oculta un servicio privado de utilidad pública o de satisfacción de necesidades colectivas: Si

entendemos a la utilidad pública como la satisfacción de necesidades colectivas, el contrato de franquicia busca remediar determinadas necesidades mediante el acercamiento de nuevos puntos de producción, venta o servicio a los más diversos lugares de la geografía.

Sin embargo, la experiencia nos dice que las franquicias se establecen para aliviar las necesidades de determinada capa o estrato social, por lo que otros niveles de la sociedad no pueden acceder en principio, a las ventas o servicios que otorga una franquicia, debido al hecho de la marginación social o económica que estas capas padecen.

Así, tenemos, que esta característica respecto al contrato de adhesión se refiere a la satisfacción de necesidades colectivas a las que tenga acceso el total de la sociedad, caso en el que no se encuentra la franquicia, ya sea por imposibilidad económica o discriminación social.

Es por todo lo anterior, que no encontramos bases suficientes para poder concluir que el contrato de franquicia sea considerado como uno de adhesión, es decir, no existe en la franquicia un acto unilateral determinado por la sola voluntad del oferente, debido al hecho de que se nos presenta la

conurrencia de dos voluntades exentas de vicios y activamente participantes las dos sobre un mismo objeto directo.

Finalmente, debemos considerar que la naturaleza jurídica propia del contrato de franquicia se manifiesta en la conjunción de tres elementos principales que no se encuentran unidos en ningún otro contrato típico o atípico. Estos elementos son la marca, la transferencia de tecnología y la asistencia técnica, y el pago de regalías sobre las ventas que realice el propio franquiciatario. Esto configura y da al contrato de franquicia la novedad de la que ha sido objeto en la última década, ya que por medio de una misma figura jurídica, se puede llegar a establecer determinada negociación mercantil con gran éxito, desarrollado y debido, en gran medida, al franquiciante, y que deberá ser mantenido por los franquiciatarios para evitar el demerito de la franquicia en beneficio de ambas partes.

CONCLUSIONES

1. En sentido estricto, no podemos hablar de la existencia de un antecedente histórico del contrato de franquicia en la Edad Media, ya que la técnica de satisfactor de necesidades a gran escala que implica el contrato de franquicia, no se presentaba en esta época. El contrato de franquicia pues, surge como un medio para abarcar geográficamente diversos puntos en un lugar determinado y no exclusivamente como una prerrogativa por parte del Estado para explotar de manera exclusiva a la misma. En todo caso, el contrato de franquicia es, en buena medida, una combinación de los dos.

2. Debido al gran desarrollo que a nivel internacional tiene el contrato de franquicia, consideramos necesario precisar su terminología en nuestras leyes, denominando a quien otorga al franquicia como franquiciante o franquiciador, y a quien la recibe, como franquiciatario o franquiciado. De este modo, existirá uniformidad y armonía entre las legislaciones mundiales que contemplan al contrato de franquicia.

3. Consideramos importante el señalar que la figura jurídica bajo la cual se debe presentar el acuerdo de voluntades entre

las partes, es el contrato y no el convenio, ya que la franquicia implica la creación y transmisión de derechos y obligaciones, y el convenio, en su estricto sentido civil, implica la modificación y extinción de derechos y obligaciones. Bajo éste supuesto, se debe incluir dicha terminología en los ordenamientos legales que se refieren a la franquicia.

4. El contrato de franquicia se constituye mediante el acuerdo de voluntades de dos empresarios independientes. Por una parte, el franquiciante, quien busca la expansión de su red de establecimientos pero carece del tiempo necesario y posibilidades físicas para atenderlos personalmente; y por la otra, el franquiciatario, quien tiene el tiempo y el excedente de capital para iniciar su propio negocio, pero que carece de la imagen, prestigio y capacidad del franquiciante para poder asegurar su éxito.

5. No podemos negar la influencia extranjera y, principalmente la norteamericana en la inclusión del contrato de franquicia en el Reglamento de la Ley Sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas del 9 de enero de 1990, y en la iniciativa de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial que se discutió en el último periodo en el Congreso de la Unión. En

este sentido, se ha logrado evitar la inseguridad jurídica respecto a la materia estudiada.

6. La marca, se constituye como el principal elemento del contrato de franquicia, al otorgar a la negociación mercantil que se franquicia, todas aquellas características de distinción, exclusividad, prestigio e imagen que busca el franquiciatario y la clientela. Esa imagen, es la que identifica al negocio con los métodos operativos y estándares de calidad del mismo, produciéndose dicha identificación, en el ánimo del gran público consumidor.

7. El contrato de franquicia, siempre se nos manifestará como un contrato de tipo complejo, es decir, en dicha figura jurídica se presenta la conjunción e integración de otros contratos, como lo sería el caso de la concesión de licencia de uso de marca, la transferencia de tecnología, cualquiera que sea su presentación, y una prestación de servicios consistente en la asistencia técnica. Por lo mismo, el contrato de franquicia produce efectos que se manifiestan en los campos de diversos contratos.

8. La franquicia, es un contrato de colaboración que permite la integración de diversas personas físicas o morales en torno a un mismo objetivo plasmado en el éxito de la franquicia. En

un primer plano, se presenta la integración de dichas personas que componen la red de franquiciatarios; en un segundo, se da la integración entre el franquiciante y cada uno de los franquiciatarios. Por lo mismo, y en relación a ésta estrecha colaboración, los efectos y obligaciones que se producen con motivo de la celebración del contrato de franquicia, rebasan por mucho a los que se producen en los casos de contratos como el de compraventa o suministro.

9. Debemos resaltar el hecho de que la confianza entre las partes contratantes es fundamental. Tomemos en cuenta que lo que se transmite en franquicia goza de una imagen y prestigio que debe ser protegido en las manos de personas calificadas y con plena solvencia moral y económica, de lo contrario, y al elegir al franquiciatario descuidadamente, se corre el peligro de perder años de esfuerzo invertidos en el negocio que se franquicia. A esto se debe que la contraprestación a cargo del franquiciatario sea tan alta, aunado al hecho del éxito del negocio que se da en franquicia.

10. El contrato de franquicia se nos presenta como un contrato nominado pero atípico. En el primer caso, debido a la inclusión de su terminología en nuestros ordenamientos legales. En el segundo, debido a que las características del mismo, se basan en diversos contratos y la relación entre las partes

contratantes no está expresamente regulada en los ordenamientos que contemplan éste contrato. Dicha atipicidad se traduce en una mayor libertad de contratación entre las partes, sin embargo, puede fomentar los conflictos y confusiones entre las mismas. No obstante lo anterior, debemos indicar que el contrato de franquicia goza de eficacia en la sociedad, ya que la misma lo contempla en el sentido de la presente investigación.

11. El contrato de franquicia no debe ser considerado como un contrato de adhesión, ya que implica la posibilidad, por parte del franquiciatario, de negociar determinadas cláusulas, como lo serían los casos de la contraprestación y ubicación geográfica de la franquicia. Por otra parte, y en apoyo a lo anterior, la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, obliga al franquiciante a presentar un informe operativo y financiero respecto a la empresa que se concede en franquicia al franquiciatario, informe que ayudará a decidir a éste último sobre la viabilidad o no de la inversión en la franquicia.

12. El carácter jurídico propio del contrato de franquicia, está determinado por la conjunción, en una misma figura, de tres elementos principales: el signo distintivo, que da la imagen y prestigio de la franquicia, la transferencia de

tecnología, que da la operación y organización de la franquicia, contribuyendo además al mantenimiento de los niveles de calidad a través de la asistencia técnica, y el pago de una contraprestación. Por ende, al faltar cualquiera de los dos primeros elementos, nos encontraremos en la presencia de otra figura jurídica.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS CONSULTADAS

1. ALVAREZ SOBERANIS, Jaime: La Regulación de las Inventiones y Marcas y de la Transferencia Tecnológica, 1a. edición, Ed. Porrúa, México, 1979, p.p. 729.
2. ARCE GARGOLLO, Javier: El Contrato de Franquicia, 1a. edición, Ed. Themis, México, 1990, p.p. 76.
3. ARCE GARGOLLO, Javier: Contratos Mercantiles Atípicos, 2a. edición, Ed. Trillas, México, 1989, p.p. 270.
4. BARRERA GRAF, Jorge: Tratado de Derecho Mercantil, 1a. edición, Ed. Porrúa, México, 1958, p.p. 295.
5. BAUCHE GARCADIIEGO, Mario: La Empresa, Nuevo Derecho Industrial, Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles, 2a. edición, Ed. Porrúa, México, 1983, p.p. 709.
6. BEJARANO SANCHEZ, Manuel: Obligaciones Civiles, 3a. edición, Ed. Harla, México, 1987, p.p. 621.
7. BESCOS T., Modesto: Factoring y Franchising, 1a. edición, Ed. Pirámide, Madrid, 1990, p.p. 263.

8. BESSIS, Philippe: Le Contrat de Franchisage, 1a. edición, Ed. Montchrestein, Paris, 1986, p.p. 110.
9. BORJA SORIANO, Manuel: Teoría General de las Obligaciones, 10a. edición, Ed. Porrúa, México, 1985, p.p. 732.
10. BROSETA PONT, Manuel: Manual de Derecho Mercantil, 2a. edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, p.p. 768.
11. CANO RICO, José R.: Manual Práctico de Contratación Mercantil, Tomo I, 1a. edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.p. 554.
12. CARDELUS I. GASSIOT, Lluís: El Contrato de Franchising, 1a. edición, Ed. PPU, Barcelona, 1988, p.p. 291.
13. DIAZ BRAVO, Arturo: Contratos Mercantiles, 3a. edición, Ed. Harla, México, 1990, p.p. 289.
14. GARRIGUES, Joaquín: Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 2a. edición, Ed. Porrúa, México, 1987, p.p. 969.
15. GENERALITAT VALENCIANA: Guía de la Franquicia, 1a. edición, Ed. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, Valencia, 1988, p.p. 261.
16. HUERDO LANGE, Juan: Sistema de Franquicias, 1a. edición, Ed. Asociación Mexicana de Franquicias, México, 1989, p.p. 52.
17. LELOUP, P.: Droit et Pratique de la Franchise, 1a. edición, Ed. Delmas, Paris, 1983, p.p. 221.

18. LOZANO NORIEGA, Francisco: Cuarto Curso de Derecho Civil; Contratos, 5a. edición, Ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1987, p.p. 742.
19. MANTILLA MOLINA, Roberto L.: Derecho Mercantil, 24a. edición, Ed. Porrúa, México, 1987, p.p. 530.
20. MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial, (Traducción de Santiago Santis Melendo), Tomo V, 1a. edición, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, p.p. 576.
21. NAVA NEGRETE, Justo: Derecho de las Marcas, 1a. edición, Ed. Porrúa, México, 1985, p.p. 637.
22. PUENTE MUÑOZ, Teresa: El Contrato de Concesión Mercantil, 1a. edición, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p.p. 314.
23. RANGEL COUTO, Hugo: El Derecho Económico, 4a. edición, Ed. Porrúa, México, 1986, p.p. 284.
24. RANGEL MEDINA, David: Tratado de Derecho Marcario, las Marcas Industriales y Comerciales en México, 1a. edición, Ed. Propiedad de David Rangel Medina, México, 1964, p.p. 471.
25. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: Derecho Mercantil, Tomo II, 18a. edición, Ed. Porrúa, México, 1986, p.p. 468.
26. SANCHEZ CALERO, Fernando: Instituciones de Derecho Mercantil, 1a. edición, Ed. Ediciones de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, p.p. 622.

27. SANCHEZ MEDAL, Ramón: De los Contratos Civiles, 9a. edición, Ed. Porrúa, México, 1988, p.p. 608.
28. SEPULVEDA, César: El Sistema Mexicano de Propiedad Industrial, 2a. edición, Ed. Porrúa, México, 1981, p.p. 166.
29. SERRA ROJAS, Andrés: Derecho Administrativo, 8a. edición, Ed. Porrúa, México, 1973, p.p. 718.
30. SIEGEL, William L.: Franchising, 1a. edición, Ed. Willey Press Book, Nueva York, 1988, p.p. 115.
31. TEAM DE ECONOMISTAS DVE: La Franquicia, 1a. edición, Ed. De Vecchi, Barcelona, 1989, p.p. 158.
32. TENA, Felipe de J.: Derecho Mercantil Mexicano, 12a. edición, Ed. Porrúa, México, 1986, p.p. 606.
33. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar: Contratos Mercantiles, 2a. edición, Ed. Porrúa, México, 1985, p.p. 491.
34. VICENT CHULIA, Francisco: Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Tomo II, 2a. edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, p.p. 815.

DICCIONARIOS CONSULTADOS

1. BLACK'S LAW DICTIONARY, 5a. edición, Ed. West Publishing Co., San Paul, Minnessota, 1979.

2. GRAN ENCICLOPEDIA RIALP, Tomo XXII, Ed. Rialp, Madrid, 1975.
3. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo IV, Ed. Porrúa, México, 1988.
4. DICCIONARIO PARA JURISTAS, (JUAN PALOMAR DE MIGUEL), 1a, edición, Ed. Mayo, México, 1981.
5. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, 19. edición, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970.

REVISTAS CONSULTADAS

1. DE ELIAS-OSTUA, Raúl: "El Franchising: Tratamiento Mercantily Fiscal", en Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Madrid, No. 94, 1985.
2. GONZALEZ, Enrique y MAZERO, Joyce: "Franchising in Mexico, Breaking with Tradition", en Franchise Law Journal, American Bar Association, Chicago, Vol. VII, No. 1, Verano de 1987.
3. GONZALEZ CALVILLO, Enrique: "Franquicias, el Arte de Reproducirse", en Revista Expansión, México, Año 22, Vol. XXII, No. 539, abril 25, 1990.
4. HUERDO LANGE, Juan: "A Competir con los Mejores", en Revista Expansión, México, Año 22, Vol. XXII, No. 554, noviembre 21, 1990.

5. INFORME ESPECIAL: "Un Mundo de Franquicias", en Revista Expansión, México, Año 22, Vol. XXII, No. 539, abril 25, 1990.
6. KNIGHT, John B. y MUGGENBURG, Carlos: "Mexico Redoubles Efforts to Attract Foreign Franchisors", en Franchise Law Journal, American Bar Association, Chicago, Primavera de 1990.

LEGISLACION CONSULTADA

1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, 56a. edición, Ed. Porrúa, México, 1988.
2. CODIGO DE COMERCIO, 53a. edición, Ed. Porrúa, México, 1989.
3. LEY DE INVENCIONES Y MARCAS, 15a. edición, Ed. Porrúa, México, 1990.
4. LEY SOBRE EL CONTROL Y REGISTRO DE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA Y EL USO Y EXPLOTACION DE PATENTES Y MARCAS Y SU REGLAMENTO, 15a. edición, Ed. Porrúa, México, 1990.
5. PROYECTO DE LEY DE FOMENTO Y PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.