

CAPITULO III

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

SUMARIO. 3.1 Teoría General del Contrato. 3.2 El Principio de la Libertad Contractual y la Regulación Estatal. 3.3 Concepto de Contrato. 3.4 Elementos de Existencia y Validez del Contrato. 3.5 Clasificación del Contrato de Franquicia. 3.6 Elementos Personales. 3.7 Elementos Reales. 3.8 Elementos Formales.

3.1. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Toda obligación nace de un hecho, dentro de aquellos regulados por la Ley, se encuentran los actos jurídicos, considerados como una manifestación exterior de la voluntad con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, produciendo precisamente el efecto deseado por su autor y que pueden ser :unilaterales, que exigen solamente una voluntad para su creación y bilaterales, que se crean por el acuerdo de dos voluntades; a estos últimos se les denomina convenios, de los cuales aquellos que crean o transmiten derechos u obligaciones son denominados contratos.

3.2 EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y LA REGULACIÓN ESTATAL

Los contratos han sido siempre parte fundamental de la historia del hombre, pues han sido un factor sumamente importante para regular varios aspectos que implica el vivir en sociedad. No se tiene la noción exacta de cuando se comenzaron a utilizar por primera vez, pero se sabe gracias a investigadores y estudiosos de la materia, que en los albores del derecho romano aparecieron las primeras figuras contractuales, que aunque contaban con una tímida y deficiente configuración, tenían como base el que se llevaran acabo entre voluntades libres e iguales, es decir, que se estableció el principio o dogma de la autonomía de la voluntad como eje rector de esta nueva figura, principio que hasta nuestros días se sigue utilizando teniendo como

únicas limitaciones, la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres ¹. Por lo mismo, hay autores como **Néstor de Buen** ² que afirman que en la actualidad la figura del contrato esta en crisis, porque la realidad social muestra que la libertad, a la hora de contratar, no existe o está muy limitada. Y es que las necesidades sociales y los requerimientos de las grandes mayorías de la población obligaron al Estado a intervenir en la formación y ejecución de diversos contratos. Por esta razón algunos países, preocupados de proteger a las clases más necesitadas, separaron del derecho civil entre otros, a los contratos laborales y agrarios. Por ello se creó por un lado, el derecho social en el que se agrupan el del Trabajo y el Agrario, y por otro se modificaron los Códigos civiles restringiendo la libertad de contratación.³

Asimismo, la aparición y generalización de los contratos de adhesión, que prescinden de toda discusión precontractual entre las partes y se reducen a la aceptación total por una de ellas de las condiciones propuestas unilateralmente por la otra, debilitaron también considerablemente el principio de la autonomía de la voluntad. ⁴

Aún así, la libertad contractual persiste y tiene su máxima expresión en los múltiples contratos no regulados por el Derecho que surgieron a fin de realizar operaciones jurídico-económicas que no están previstas dentro de los tradicionales tipos contractuales; pero la tendencia es que en un futuro, si se demuestra que su uso es constante y realmente satisfacen una necesidad generalizada, la mayoría de ellos acaben siendo reconocidos por el legislador, pasando entonces de la atipicidad a la tipicidad, determinando así los requisitos y elementos mínimos que estos contratos

¹ Refiriéndose a esta cuestión, el maestro **Borja Soriano** señala que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad las partes son libres para celebrar o no contratos, al celebrarlos obran libremente y sobre su pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público. Esta limitación se encuentra consignada en términos generales en el art 6°. Del Código de Napoleón, en el artículo 15 del Código de 1884 y en el artículo 6°. del Código de 1928 según el cual: " La voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la Ley, ni alterarla ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero ". Esto quiere decir que los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a una ley, y aún pueden convenir en lo que sea contrario a una ley, si está no es de interés público, sino solo supletoria de la voluntad de las partes.

² En el libro " La decadencia del Contrato " De Buen realiza una investigación histórica que tiene como objetivo probar que en nuestra época se vive una ficción contractual debido a la falta de libertad que tienen los individuos que intervienen en un contrato para auto regularse.

³ PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, " Contratos Civiles ": Ed. Porrúa, México 2000, pp.6.

⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, : " De los Contratos Civiles ": Ed. Porrúa, México 1994, pp.5.

deben tener, pero sin forzar la regulación, con otros requerimientos que sólo las partes pueden prever en base a sus situaciones concretas. Tal es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con el contrato de arrendamiento financiero o "leasing", que comenzó a ser utilizado por el comercio y, luego fue incluido en nuestro ordenamiento legal en 1982.⁵

La experiencia histórica ha mostrado que si el sistema jurídico de un Estado entra a desarrollar todo el contenido de los contratos, con normas de carácter público o no, más que fomentar la utilización de los mismos los evita y procura la utilización de otras formas jurídicas en perjuicio de las partes más vulnerables.

Por lo pronto, el esquema estructural del contrato se mantiene vigente y aunque obviamente no es igual en algunos aspectos a sus antecesores debido al desarrollo de las nuevas civilizaciones, su esencia o eje rector todavía es el mismo; pues recordemos que el Derecho es una ciencia dinámica que esta en constante evolución con el fin de adaptarse y moldearse a las nuevas necesidades y tendencias sociales.⁶

3.3 CONCEPTO DE CONTRATO

El contrato es la fuente más importante de las obligaciones. Es una institución jurídica que excede los límites de la esfera de lo civil, pues existen contratos mercantiles, laborales, administrativos etc. Por consiguiente, antes de entrar en el análisis del contrato materia de esta investigación, es necesario establecer una definición uniforme sobre ellos.

En su significación semántica, contrato es un acuerdo entre dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico determinado o determinable.⁷

⁵ El Contrato de arrendamiento financiero está regulado por la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, así como por el Código Fiscal de la Federación.

⁶ Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido, sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esta autonomía esta considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual con el fin de salvaguardar la igualdad de las partes. Así, encontramos la protección que el legislador brinda a los débiles, desposeídos e ignorantes; a los que no se encuentran en plan de igualdad al celebrar contratos, en razón de la función social que debe cumplir la propiedad; o bien por la protección que el legislador confiere al consumidor.

⁷ DI COSTANZO, Juan, "Desarrollo de Sistema de Franquicias": Ed. Mac Graw Hill, México 1997, pp. 62.

Esta idea de contrato comprende, desde luego, no solo a los civiles, sino también a todos aquellos a los que se hicieron mención anteriormente, sin olvidar tampoco la variedad extraordinaria de Tratados y Convenios Internacionales cuya naturaleza contractual es considerada evidente.

Una concepción moderna del Contrato lo considera como un acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas.⁸

3.4 ELEMENTOS DEL CONTRATO

Ya definido el contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones con respecto a un bien determinado o determinable, la legislación civil, establece los elementos estructurales para que pueda existir uno, y determina además ciertas exigencias para que - una vez nacido -, esté en aptitud de surtir todos sus efectos jurídicos.⁹

Dicho de otra manera, los contratos constan de dos elementos: a) de existencia, que se integran con el consentimiento, el objeto y excepcionalmente con la solemnidad¹⁰; y b) de validez, cuyos componentes son la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto y la formalidad (siempre y cuando sea exigida por la Ley).¹¹

a) Elementos de existencia.

El Consentimiento: es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción de efectos de Derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior, ya sea de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables u obvios.

⁸ DE PINA Rafael, " Derecho Civil Mexicano ": Ed. Porrúa, México 1960, pp. 264.

⁹ GUTIERRES Y GONZALES, Ernesto, " Derecho de las Obligaciones ": Ed. Porrúa, México 2002, pp.235.

¹⁰ No son muchos los casos donde la Ley exige este elemento de existencia, dentro de estos se pueden mencionar el contrato de novación y el subrogatorio.

¹¹ SANCHEZ MEDAL, Ramón, " De los Contratos Civiles ": Ed. Porrúa, México 1994, pp. 140.

El consentimiento se caracteriza porque es un elemento compuesto, no unitario por que se integra de dos o más voluntades. Una de esas dos voluntades que al unirse generan el consentimiento, recibe una el nombre de oferta y la otra de aceptación.¹²

En el contrato de franquicia, el consentimiento consiste, como en todo contrato, " en la voluntad de las partes para obligarse y en el acuerdo de voluntades de estas respecto al contenido propio del contrato de franquicia ".¹³

El Objeto: tiene dos acepciones: El objeto directo del contrato, resulta ser el crear y transmitir derechos y obligaciones, mientras que el objeto indirecto o mediato es una conducta de dar, hacer, abstenerse o no hacer.¹⁴

El objeto directo del Contrato de Franquicia, es transmitir ciertos derechos y crear determinadas obligaciones, las cuales serán analizadas con más precisión al estudiar el contenido obligacional del mismo.¹⁵

Como objeto indirecto del Contrato, encontramos que surgen obligaciones de dar, hacer y no hacer, por ejemplo: el franquiciatario se sujeta a un dar, al obligarse a pagar royalties o regalías y el franquiciante se obliga a un hacer, al dar conocimientos de soporte técnico al franquiciatario y este último, se obliga a un no hacer, al comprometerse a no revelar los secretos industriales, que le haya concedido el franquiciante.¹⁶

Una vez que se integra el consentimiento, y si ya hay además un objeto, entonces el contrato se perfecciona por lo que se genera un acto jurídico existente. Pero hay ocasiones excepcionales en las que el legislador dispone que para que ciertos contratos prevalezcan requieren un elemento mas:

¹² GUTIERRES Y GONZALEZ, Ernesto, " Derecho de las Obligaciones ": Ed. Porrúa, México 2002, pp.266.

¹³ TORRES DE LA ROSA Alejandra, " El Contrato de Franquicia en el derecho Mexicano ": Ed. Porrúa, México 2000, pp. 44.

¹⁴ GUTIERRES Y GONZALEZ, Ernesto, " Derecho de las Obligaciones ": Ed. Porrúa, México 2002, pp.298.

¹⁵ Ibidem, p.299.

¹⁶ Ibidem, p.300.

La Solemnidad: Es el conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles, en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del mismo.¹⁷

La solemnidad no se requiere para que tenga existencia un contrato de franquicia.

b) Elementos de Validez.

Una vez que los contratos existen de acuerdo a los elementos mencionados, se examinan si gozan de ciertos requisitos para producir consecuencias jurídicas.

Capacidad: Es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de Derecho, por serlo, debe de tener capacidad jurídica; está puede ser total o parcial. La doctrina define a la capacidad de goce como la aptitud del ser humano para ser titular de derechos y obligaciones; en cuanto concierne a su capacidad de ejercicio la ley civil determina que es la aptitud jurídica de ejercer esos derechos y obligaciones. La capacidad para contratar, es una subespecie de la capacidad de ejercicio y consiste, en la aptitud reconocida por la Ley a una persona para establecer por sí, un contrato, sin necesidad de substitución o de asistencia de otras.¹⁸

Para la celebración del contrato de Franquicia, las partes requieren de capacidad legal para ejercer actos de comercio, según lo estipula el artículo 5 del C. de c., y que no se encuentren comprendidas dentro de alguna de las prohibiciones para ejercer comercio de conformidad con el artículo 12 del mismo ordenamiento, como son los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados y los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad.¹⁹

Ausencia de Vicios en el Consentimiento: Aún cuando exista el consentimiento en un contrato, este pudo haberse dado de forma deficiente, es decir, que no se haya dado de forma libre y veraz, de tal manera que sea por un vicio que

¹⁷ Ibidem, p. 319.

¹⁸ Ibidem, p.435.

¹⁹ TORRES DE LA ROSA, Alejandra, " El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano ": Ed. Porrúa, México 2000, pp. 46.

afecte el entendimiento (error o dolo), que afecte la voluntad (violencia), o bien que afecte a una y otra facultad (lesión). Es relativa la nulidad que se suscita cuando un contrato se realiza con vicios en el consentimiento. Por lo tanto el contrato se puede remediar una vez que han detenido los vicios y la parte afectada ha corroborado su voluntad.²⁰

Error: es una creencia contraria a la verdad; es un estado psicológico en el que existe una discordancia entre el pensamiento y la realidad, es decir, el falso concepto de la verdad. El error según nuestra legislación se puede clasificar en obstáculo, nulidad e indiferente.²¹

Dolo: Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión que se emplee para inducir a error o mantener en el a cualquiera de los contratantes. Puede existir dolo principal o incidental. El principal, es el que recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de uno de los contratantes; el incidental, el que recae sobre otros aspectos o circunstancias que provocan que uno de los contratantes se encuentre en circunstancias desfavorables. También existe el dolo bueno que consiste en exagerar los atributos del bien objeto del contrato.²²

El dolo es un error provocado, lo que hace más fácil su prueba y permite exigir el pago de daños y perjuicios a quien lo provocó; sin embargo, cuando ambas partes actúan con dolo, dicha indemnización no es exigible.²³

Mala Fe: Se entiende por mala fe " la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido ". En otras palabras, cuando a una persona no se le saca de su error y se permite que continúe en él.²⁴

Violencia: es el miedo causado por la advertencia de sufrir un daño personal, patrimonial, moral o pecuniario, y que lleva a dar la voluntad para realizar un acto jurídico. Nuestro código sigue al derecho Romano al hacer distinción entre violencia

²⁰ SANCHEZ MEDAL, Ramón, " De los Contratos Civiles " : Ed. Porrúa, México 1994, pp.160.

²¹ Ibidem, p.166.

²² Ibidem, p.167.

²³ Ibidem, p.168.

²⁴ Ibidem, p.169.

objetiva y subjetiva. La primera, exige que las amenazas sean ilegítimas o contrarias a derecho y las segundas, exige que dicha amenaza importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.²⁵

La violencia produce la nulidad relativa, misma que debe invocarse dentro de los seis meses que acabó esta.

Lesión: es el vicio de la voluntad de una de las partes en razón de una desproporción en el valor de las prestaciones otorgadas en un contrato bilateral oneroso, del cual se desprenden dos tipos : la lesión como vicio objetivo , que consiste en la obtención de un lucro excesivo, evidentemente desproporcionado a las obligaciones de la parte perjudicada; la lesión como vicio subjetivo, que consiste en la explotación de la suma ignorancia, notoria, inexperta o extrema miseria de uno de los contratantes.²⁶

En contraste con la doctrina tradicional, nuestra legislación civil establece en la lesión dos notas: la considera como un vicio mixto (objetivo y subjetivo) y la extiende a toda clase de contratos, sin embargo limita al término de un año la acción de rescisión, que es irrenunciable por tener como fundamento el interés público y por lo mismo, no es susceptible de ratificación expresa ni tacita.²⁷

La licitud en el objeto: Lo estipulado en el contrato no podrá ser contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres.

La licitud debe recaer sobre el objeto tanto jurídico como material del contrato. También debe recaer sobre el fin o motivo determinante de la voluntad que es lo que se conoce como la causa del contrato.²⁸

²⁵ GUTIERRES YGONZALEZ, Ernesto, " Derecho de las Obligaciones "Ed. Porrúa, México 2002,pp.394.

²⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón, " De los Contratos Civiles " : Ed. Porrúa, México 1994, pp.171.

²⁷ Ibidem, p. 172.

²⁸ GUTIERRES YGONZALEZ, Ernesto, " Derecho de las Obligaciones "Ed. Porrúa, México 2002,pp.399.

Forma: En nuestro Código se establece la libertad contractual como principio general, y como excepción, la formalidad para la celebración de determinados contratos; lo anterior, sin olvidar que se establecen reglas de formalidad específica en la mayoría de los contratos. Esta reaparición del formalismo en nuestro sistema jurídico, obedece a ciertos elementos, tales como el interés público en evitar litigios, así como dotar de precisión y seguridad a las obligaciones asumidas.²⁹

El contrato de franquicia es formal en cuanto a que debe constar por escrito para ser inscrito ante el IMPI, según lo establece el artículo 142 de la LPI.

3.5 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Atendiendo a su inminente función económica y al campo de derecho donde se realiza, este contrato ha sido clasificado por la doctrina de la siguiente forma:

- a) Mercantil: No hay ninguna duda sobre su mercantilidad ya que tienen como finalidad la especulación; es decir que se efectúa entre comerciantes para explotar una empresa o para distribuir y revender productos, según lo estipula el artículo 75 fracciones I, II, V a VII del C de c.³⁰
- b) Principal: pues existen por si mismos, ya que para su validez y cumplimiento no dependen de otro contrato.
- c) Bilateral o Sinalagmático: por que generan obligaciones a cargo de las dos partes contratantes.
- d) Oneroso: debido a que impone provechos y gravámenes recíprocos; es decir se debe establecer una forma de retribución del franquiciado al franquiciante,

²⁹ SANCHEZ MEDAL, Ramón, " De los Contratos Civiles " : Ed. Porrúa, México 1994, pp.175.

³⁰ El Derecho Mercantil es un derecho especial para los comerciantes, cuya finalidad es facilitar las operaciones de éstos. En muchos puntos el derecho mercantil se relaciona con el civil; trata las mismas materias aplicando una reglamentación especial a determinados actos, que sustrae del régimen del derecho común.

en contraprestación de los servicios, asistencia, licencia de marca etc.

e) Conmutativo: en virtud de que las prestaciones a cargo de las partes son ciertas desde la celebración del contrato.

f) Intuitu personae: por que se suelen otorgar atendiendo a la capacidad económica del franquiciado, así como, a sus cualidades personales y profesionales. Por lo mismo, el franquiciante debe evaluar con sumo cuidado a los posibles franquiciatarios y sólo otorgar franquicias a los prospectos que reúnan las condiciones o los requisitos que el juzgue necesarios.

g) Formal: No requiere ser firmado ante notario o alguna autoridad competente, pero para su validez el documento debe constar por escrito y registrarse, como lo marca la ley, ante el IMPI, para que surta efectos contra terceros.

h) De tracto sucesivo: por que las obligaciones que se generan para cada parte no se agotan en el momento de la celebración del contrato sino que perduran mientras tenga vigencia este.

i) Nominado: pues se encuentra contemplado en nuestra legislación en el artículo 142 de la LPI y en su respectivo reglamento.

j) De colaboración: ya que la asistencia e intercambio de información y experiencia entre las partes, se constituye en un elemento imprescindible para el éxito de la actividad.

k) De Adhesión: ya que una de las partes elabora unilateralmente el contrato, dejando a la otra parte en la imposibilidad de negociar las cláusulas del mismo.

l) Atípico: porque aunque tiene una denominación especial, carece de una reglamentación particular y específica en cuanto a la relación de Derecho Privado entre las partes contratantes. La regulación de la LPI es de carácter administrativo y registral. Por otro lado algunos autores consideran que goza de tipicidad social, en cuanto están instalados en la conciencia general, se usan

habitualmente en el tráfico comercial y son considerados por la doctrina y la jurisprudencia, aunque tengan disciplina legal.³¹

Los contratos atípicos como nacen mucho antes de la norma que va a regularlos, plantean el problema de precisar, a falta de una normativa legal, cuál es la disciplina a la que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, detallar la manera como deben ser interpretados y como deben ser constituidas las lagunas o sus deficiencias.

Al respecto, la doctrina ha propuesto algunas tesis acerca de cómo debe resolverse este dilema:³²

a) Teoría de la absorción o de la observación: En los contratos atípicos, debe determinarse cual es la prestación, y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación. Esta teoría no resuelve satisfactoriamente el problema de la interpretación de los contratos atípicos, pues generalmente no es posible determinar con exactitud cual es la prestación.³³

b) Teoría de la Combinación: Cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas de tipos contractuales. Un contrato atípico concreto debe desmenuzarse en sus prestaciones y encuadrar cada una dentro del contrato atípico que corresponde. La crítica a esta teoría se ha formulado en el sentido de que el contrato atípico no es una mezcla o agregado de diversos elementos típicos, no es una suma sino una síntesis; tiene una unidad, se trata de un contrato único que tiene una finalidad empírica propia y también única.³⁴

³¹ PARELLADA, Carlos, " Contratos Atípicos ": Ed. Picasso, Buenos Aires 2001, pp. 8.

³² DIEZ PICASO, Op. Cit.,pp243, citado por ARCE,Op.Cit.,pp 136-137.

³³ Idem.

³⁴ Idem.

c) Teoría de la Analogía: Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico son las del contrato típico con el que tenga mayor similitud.³⁵

Por otro lado y a manera de referencia, **el proyecto del Código Civil Argentino de 1998** establece, que cuando se trate de un contrato atípico con tipicidad social carente de normas expresas que lo regulen, su régimen debe determinarse por este orden: 1) La propia voluntad de las partes en los límites establecidos por el orden público; 2) Los usos y costumbres del lugar de la celebración; 3) Por las normas generales supletorias sobre contratos y obligaciones; 4) por las disposiciones correspondientes a los contratos afines que sean compatibles con la economía y la finalidad del contrato atípico.³⁶

La legislación Mexicana a su vez, establece un criterio parecido en el **artículo 1858 del Código Civil Federal** que dice: “ *Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, con las disposiciones del contrato con el que tengan mayor analogía, de los reglamentados en este ordenamiento* ”.

De este artículo se desprende que la regulación que la Ley hace del contrato, sirve también para regular toda clase de contratos que no estén expresamente reglamentados por el Código, pero lo crítico de este dispositivo, es que una figura tan compleja como la Franquicia necesita de una reglamentación concreta que encuadre según sus propias características, tarea sumamente difícil ya que ésta puede adoptar toda clase de modalidades y clausulados según su giro.

3.6 ELEMENTOS PERSONALES

En principio, cualquier persona física o jurídica puede ser parte de este contrato siempre que posea la capacidad legal para ejercer una actividad empresarial. Nos encontramos en un primer lugar con el franquiciante, que es la persona que inicia la empresa jurídica y económicamente independiente sobre la que ha contribuido

³⁵ Idem.

³⁶ PARELLADA, Carlos, “ Contratos Atípicos ”: Ed Picasso, Buenos Aires 2001, pp. 9.

decisivamente dotándola de una serie de señas de identificación únicas y características que le permiten distinguirse de otras organizaciones comerciales; además es el que promueve una red de franquicia, en la que es responsable y tutor permanente.³⁷ El franquiciante básicamente es quien aporta el nombre comercial, insignia y marca de fábrica, de comercio o de servicio, así como los conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, administrativa y financiera que se puedan aplicar en la explotación de una empresa.³⁸

En segundo lugar, está el franquiciatario, que es la persona que en su propio nombre y cuenta realiza la explotación de la empresa franquiciada, cuyo soporte patrimonial le ha sido previamente transmitido, según las técnicas comerciales uniformes y bajo el control del franquiciante, una vez que haya satisfecho las contraprestaciones a las que se ha obligado mediante el contrato. El franquiciatario iniciará el desarrollo de su negocio con una marca supuestamente popular y la ventaja de que va a ser reconocida por al menos un sector de la sociedad, basando esto en la confianza y práctica que tiene el franquiciante en el mercado.³⁹

Tanto el franquiciante como el franquiciatario forman parte de empresas autónomas, esto implica que no pueden estar unidas por lazos de dependencia y subordinación jurídica o económica. Lo único que las liga es una relación estrictamente mercantil de franquicia. Esto implica que ambos contratantes deberán poseer un nombre individual, es decir una denominación o razón social diferente. En consecuencia, el franquiciado como empresario independiente dirigirá y explotará el negocio objeto de la franquicia por su cuenta y riesgo, y será de su exclusiva responsabilidad: la firma de los contratos de arrendamiento de sus locales si es que no fueran propios, las obligaciones financieras contraídas para echar la unidad a andar, el pago de impuestos y derechos, los desembolsos por inventarios, las remodelaciones, la contratación del personal, su remuneración, despido y demás obligaciones laborales, penales, fiscales o de otra índole. De esa manera, si la unidad franquiciada se ve envuelta en algún tipo de problema legal o se va a la ruina financiera, el franquiciador

³⁷ Ver www.desados.com/emprendedores/la%20franquicia.htm Fecha de consulta 10 de septiembre de 2003.

³⁸ Ver www.conferco.es/franqic/franpas1.htm Fecha de consulta 12 de octubre de 2003.

³⁹ MARTORELL, Ernesto Eduardo, "Los Contratos de Dominación Empresarial y la Solidaridad laboral": Ed. Depalma, Buenos Aires 1996, pp. 194.

quedará completamente protegido y exonerado de toda obligación que se le quiera imputar.⁴⁰

3.7 ELEMENTOS REALES

Son los principales elementos patrimoniales que constituyen la empresa franquiciada y los que hacen de ésta una fórmula tan distinta a otras opciones de negocio. Estos se deducen de la definición legal que otorga LPI a la franquicia en su artículo 142 así como otros que adopta la doctrina y que están o deberían estar presentes para que pueda darse de manera legítima la figura de franquicia.

- a) **La Marca:** Según el artículo 88 de la LPI se define como todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.

Las marcas pueden estar representadas por un nombre, logotipo, slogan, empaque o combinación de cualquiera de los anteriores, tanto para productos como para servicios.⁴¹ De esta forma la LPI reconoce en su artículo 89 distintas clases de marcas que son:

I. Las nominativas: son las marcas que identifican un producto o servicio a partir de una palabra o un conjunto de palabras. Estas marcas deben distinguirse fonéticamente de los servicios o productos de su misma especie. Es decir, no deben tener semejanza con marcas que pertenezcan a productos o servicios de su misma especie o clase.⁴²

II. Las marcas innominadas: son figuras o logotipos que diferencian visualmente una marca. En otras palabras, son figuras distintivas que no pueden reconocerse fonéticamente, sólo visualmente.⁴³

⁴⁰ Ver www.Derechocomercial.edu.uy/ClaseFranquGP.htm Fecha de consulta 19 de septiembre del 2003.

⁴¹ Nuestra legislación no reconoce marcas olfativas, sonoras o marcas de certificación.

⁴² Ver www.tumarca.com.mx Fecha de consulta 3 de octubre de 2003.

⁴³ Idem.

III. Las marcas tridimensionales: corresponden a la forma de los productos o sus empaques, envases o envoltorios, siempre y cuando sean característicos y los distinguen de productos de su misma clase. Corresponden a cuerpos con 3 dimensiones, como botellas, empaques, estuches etc.⁴⁴

IV. Las marcas mixtas: son el resultado de la combinación de tipos definidos en los párrafos anteriores. Pueden ser combinaciones de palabras con diseños o logotipos, sean o no tridimensionales.⁴⁵

Dentro del régimen administrativo de los signos distintivos existen también las siguientes figuras de protección:

V. Las marcas colectivas: son las que representan los producto o servicios de las asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios, con la finalidad de distinguirlos de otros productores o prestadores que se dediquen a la misma actividad.⁴⁶

VI. El nombre Comercial: es una variante de las marcas que lleva un proceso diferente al del registro. La diferencia con las marcas radica en que el nombre comercial, sólo protege el nombre de un comercio, industria, empresa o prestador de servicios en el área donde se encuentre ubicado.⁴⁷

Como caso excepcional tanto el nombre comercial como el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos sin necesidad de registro.

VII. El aviso comercial: es una frase u oración que sirve para promover y diferenciar un producto, prestador de servicio o empresa, de otros que se dediquen a la misma actividad. Puede servir como slogan o frase publicitaria.⁴⁸

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Idem.

La marca es definitivamente uno de los activos más valiosos de la franquicia, sobre todo cuando se compete en una economía abierta como la nuestra. Tiene como característica principal el vincular y posicionar en la mente del consumidor final una imagen de garantía, servicio y calidad, con la cual ésta adquiere un reconocimiento y un prestigio que trasciende al establecimiento o punto de venta visitado y es relacionado automáticamente con cualquier otro en el cuál se pueda identificar claramente, como sinónimo de los valores y satisfactores antes encontrados.

Una vez razonado este concepto, puede relacionarse a la marca con el objeto de estudio de la presente tesis, en el sentido de que la definición de la franquicia que se establece en la LPI en su artículo 142, destaca como elemento esencial de la misma a la marca, distinguiéndola de otras figuras análogas, al señalar que con la concesión de la licencia de uso de marca se puede producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme.⁴⁹

Las marcas pertenecen a quienes las han registrado debidamente ante el órgano gubernamental competente.⁵⁰ Como cualquier pertenencia, éstas pueden ser vendidas o arrendadas a otros individuos, pero para poder transmitir los derechos de uso de una marca es necesario conceder una licencia para su uso o suscribir un contrato de cesión de derechos ante el IMPI, con objeto de que pueda surtir efectos contra terceros; así mismo, una marca podrá ser utilizada tanto por su titular como por aquellos a quienes éste último conceda licencia. Sin embargo; esta, licencia podrá efectuarse única y exclusivamente cuando el registro de la marca se encuentre vigente o en trámite.

Las acciones correspondientes al titular de la marca tendientes a la defensa y protección de la misma, las podrá ejercitar el licenciataria salvo pacto en contrario, en caso de franquicias se recomienda que el franquiciante se reserve el ejercicio de dichas

⁴⁹ TORRES DE LA ROSA Alejandra, " El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano ": Ed. Porrúa, México 2000, pp. 50.

⁵⁰ Para solicitar el registro de una marca, se deberá presentar en el IMPI, o en la Delegación Federal o subdelegación de la Secretaría de Economía, de acuerdo a lo establecido en el Art. 113 de la LFPI, siendo la duración del trámite, de 4 a 6 meses, sin tener anterioridades; es decir que no exista impedimento legal de registro y en caso de presentar la documentación completa, la solicitud se somete a un examen administrativo y a un examen técnico. De no haber inconveniente, se procederá a citar a pago para la expedición del título correspondiente. La duración del registro de una marca es de 10 años y renovable por periodos iguales.

acciones⁵¹.

Resulta importante destacar que México otorga protección a las Marcas Notoriamente Conocidas; de igual forma que reconoce la prioridad de solicitudes de marca presentadas en los países miembros del Convenio de París, del cual es parte, y de aquellos con los que exista reciprocidad.⁵²

En resumen de todo lo dicho anteriormente, una franquicia existe gracias al registro de su marca, de tal manera que éste es uno de los elementos considerados como más importantes, sin que por ello esto quiera decir que toda empresa que cuente con una marca registrada será forzosamente exitosa. Además, el registro de una marca en México, sienta los antecedentes para protegerla en el extranjero.

b) Las patentes: es la concesión del gobierno federal⁵³ por la cuál se otorga al inventor o a su licenciatario en su caso, el derecho de explotar de manera exclusiva su invención, así como de adquirir derechos y por consiguiente acciones para prohibir a terceras personas su fabricación, uso o venta de su invento.

En México, las patentes sólo se aplican a dispositivos tangibles y funcionales resultantes de un esfuerzo original: inventos novedosos susceptibles de aplicación industrial.⁵⁴

⁵¹ Fuente: Enrique U. Alcazár Córdova. Director General de la Firma Alcazár Córdova & Aranday.

⁵² El principio general sobre la validez territorial de un registro de marca, es que ésta se circunscribe al país en que el mismo fue otorgado; sin embargo, con base en los acuerdos internacionales que en esta materia se han celebrado entre un gran número de países, existe el reconocimiento de ciertos derechos a favor del registro obtenido en un país extranjero. Uno de los derechos más significativos en este sentido, consiste en la obligación que asume cualquier país de conceder al titular de una marca extranjera un período no menor de 6 meses desde el registro en el país de origen, a fin de que en este lapso promueva con prioridad, frente a cualquier otra solicitud, el registro de su marca. A este reconocimiento se denomina "derecho de prioridad". Otra de las excepciones al principio de territorialidad de registro de marca, es del de aquellas que han alcanzado la jerarquía para ser consideradas "notoriamente conocidas", las cuales reciben protección extraterritorial, acorde a la difusión y prestigio del que gozan fuera de las fronteras de su país de origen.

⁵³ El Artículo 89 Constitucional fracción XV, Faculta del Presidente de la República Mexicana para conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria. Las patentes se otorgan por un período que comienza en la fecha de concesión y finaliza 20 años después de la fecha en que solicitó la patente.

⁵⁴ El artículo 16 de la LPI, establece aquello que no podrán ser patentable como: a) Los procesos especialmente biológicos de plantas y animales; b) El material biológico y genético como se encuentra en la naturaleza; c) Las razas animales; d) El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen, y e) Las variedades vegetales.

El IMPI, así como las oficinas de propiedad industrial en otros países, cuenta con personal especializado para examinar detalladamente cada solicitud para determinar si cumple con los lineamientos generales de los inventos y por consiguiente determinar técnicamente si se otorga la patente, una tarea que incluye investigaciones bastante profundas y exhaustivas.

La invención solo está protegida contra el uso no autorizado por su titular en México. La protección jurídica de los derechos de la propiedad industrial como ya se había mencionado, únicamente se otorga en el país donde esta solicitada y concedida. Si se desea la misma protección jurídica en el extranjero, se puede presentar una solicitud internacional y realizar otros trámites en el contexto del Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT) del cual México es parte desde el 1o de enero de 1995.⁵⁵

Para efectos de la Franquicia, la patente no es necesariamente objeto del contrato, sino que sólo se da en aquellos casos en que el franquiciante, en la explotación objeto de la franquicia, tiene el proceso de fabricación, manufactura o el producto correspondiente, protegido por alguna o algunas patentes que requieren de que se autorice el uso para los franquiciatarios.⁵⁶

Cuando el contrato de franquicia incluye autorización de explotación de una o varias patentes, estas deben identificarse en el contrato con su número, fecha de expiración y el o los inventos, procesos o productos que ampara.

c) El know-how: es un término proveniente del inglés, muy utilizado en los Estados Unidos y recientemente introducido en América Latina, se refiere a los conocimientos técnicos que el franquiciante transmite al franquiciatario para operar una unidad franquiciada.⁵⁷

⁵⁵ Ver www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/S/Sanchez%20svaldo-Prop Fecha de consulta 22 de septiembre del 2003.

⁵⁶ ARCE GARGOLLO, Javier, " El Contrato de Franquicia ": Ed. Themis, México 1994, pp.40.

⁵⁷ FEHER TOCATLI, Ferenz , GALLÁSTEGUI, Juan Manuel," Las Franquicias: Un Efecto De la Globalización ": Ed. Mc Graw Hill, México 2001, pp.87.

Algunos especialistas consideran que el know - how incluye como elementos fundamentales a los conocimientos técnicos y a la asistencia técnica, es decir, el qué y como del negocio.⁵⁸

En cuanto a los conocimientos técnicos, estos se encuentran especificados a aquellos métodos, procesos y logística operativa, administrativa, comercial y de imagen, habitualmente plasmados en manuales, y otros documentos, políticas y lineamientos del sistema de franquicia que forman la percepción de la garantía, servicio y calidad al ser eficientes y evidenciar una ventaja competitiva, constituyendo así un fuerte factor de diferenciación frente a posibles competidores; es necesario señalar que este know- how o saber hacer, generalmente involucra información confidencial y privilegiada que por sus particulares características, se considera como secreto industrial.⁵⁹

Un ejemplo de cuales pueden ser los diversos manuales que pueden realizarse serían los siguientes:

- *Manual de estructura y organigrama de la central de la franquicia.
- *Manual de concepto empresarial.
- *Manual técnico de productos.
- *Manual de procedimiento.
- *Manual administrativo.
- *Manual económico - financiero.
- *Manual de normas gráficas e imagen corporativa.
- *Manual de adecuación y decoración de locales.⁶⁰

Por su parte, la Asistencia Técnica, que como ya se había dicho forma parte del know- how de la empresa franquiciante, es un elemento crucial dentro de una

⁵⁸ Ver www.franquiciasdemexico.org/artvalordeunafranquicia.html Fecha de consulta 22 de septiembre del 2003.

⁵⁹ Los secretos industriales constituyen aquella información, de aplicación industrial o comercial, que una persona física o moral considera confidencial y que le permita obtener una ventaja competitiva frente a terceros en la realización de actividades económicas. Un secreto industrial no debe registrarse, pues al hacerlo se volvería público. Sin embargo, pueden protegerse aún mas los documentos que contengan dichos secretos, con una leyenda que haga alusión al carácter confidencial de los mismos. Están regulados de los artículos 82 al 86 bis de LPI.

⁶⁰ Ver www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm. Fecha de consulta 10 de septiembre de 2003.

franquicia porque permite brindar capacitación, mantenimiento, supervisión y apoyo frecuente y permanente, así como sirve para verificar los estándares de uniformidad, calidad, prestigio e imagen, observando actualmente que muchas franquicias aprovechan diferentes herramientas tecnológicas como instrumentos invaluable de soporte y asistencia.

Algunos de los programas de asistencia técnica que más utilizan los sistemas de franquicias son:

- *Capacitación y entrenamiento del personal.
- *Desarrollo y actualización de los manuales.
- *Localización de los territorios y las unidades.
- *Programas de Preapertura.
- *Compras y abastecimientos de insumos.
- *Asesoría de Campo.
- *Control de operaciones.
- *Supervisión continúa.
- *Mercadotecnia y publicidad.
- *Administración y finanzas.
- *Seminarios y convenciones.
- *Desarrollo de productos, servicios y técnicas nuevas.
- *Formulas para incrementar las ventas.
- *Visitas rutinarias de asesoría o inspección.

El know-how aparecerá siempre como materia del contrato de franquicia, éste llega a formar junto con la marca, uno de los elementos esenciales de esta figura; es importante comentar que no todo el "saber hacer" de una franquicia puede ser protegida; lo es aquella información que se ampara a través de patentes de invención y aquella referida a información confidencial y privilegiada.

d) La Contraprestación o Royalty: consiste en el desembolso en dinero o en especie que deberá realizar el franquiciatario por beneficiarse de las diferentes ventajas que le otorga su entrada a la red de franquicias, incluyendo el derecho a usar la marca de la franquicia y todos los servicios de asistencia y

asesoramiento que le serán prestados mientras dure la vigencia del contrato.

Generalmente la contraprestación se suele pactar en el pago de una cuota inicial por el derecho de ingreso a la franquicia y en una suma periódica que el franquiciatario debe cubrir a favor del franquiciante.

La cuota inicial de franquicia permite que el franquiciante recupere lo que ha invertido al desarrollar el sistema de franquicias, comercializar cada una de las unidades franquiciadas, capacitar al franquiciatario y tramitar la preapertura e inauguración de cada unidad franquiciada.

Por otro lado, las regalías continuas son los royalties que pagará el franquiciatario, en forma escalonada y durante la vigencia de la relación contractual, al dueño de la franquicia. Con este pago el franquiciatario tiene derecho a usar la marca, recibir asistencia técnica y beneficiarse de las campañas de marketing y publicidad que teóricamente está realizando el franquiciante. Dentro de éstas se pueden destacar:

*Royalty de Explotación: se pagarán regularmente por parte del franquiciatario a cambio de los programas de asesoramiento, apoyo y seguimiento que haya diseñado el franquiciante y que prestará para asegurar el correcto funcionamiento del centro franquiciado.

*Royalty de Publicidad: es la contribución que hará cada uno de los franquiciantes para la realización de campañas de marketing y publicidad a nivel regional o global dependiendo del caso, encaminadas a fortalecer la imagen de la marca y el conjunto de centros franquiciatarios.⁶¹

*Royalty por Ventas: es la suma que paga el franquiciatario en relación al porcentaje de las ventas del negocio. El porcentaje de royalty que se exige puede oscilar, dependiendo de cada caso, entre el 5% y el 20% del volumen de ventas del franquiciado.⁶²

⁶¹ Ver www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm Fecha de consulta 10 de septiembre de 2003.

⁶² Ver www.conferco.es/franquic/franpas1.htm Fecha de consulta 12 de octubre de 2003.

*Royalty de Desarrollo: es el pago que hace el franquiciatario por el derecho a otorgar subfranquicias en un territorio determinado.

Las regalías continuas generan excelentes utilidades al dueño de un sistema de franquicias y constituyen " el verdadero negocio del negocio ", por lo mismo resulta de particular interés que el franquiciatario se fije de forma minuciosa en observar que las bases de las regalías estén claramente descritas en el contrato, cuidado que no sean estas excesivas o exorbitantes de tal forma que le resulte imposible pagarlas durante la vigencia del mismo; además el franquiciatario debe estar pendiente de que el mismo franquiciante este cumpliendo de manera cabal con las obligaciones previamente contraídas, pues de otro modo no estaría justificado pagar por algo que no se estuviera recibiendo prosiguiendo entonces a la rescisión del contrato y al respectivo pago de daños y perjuicios.

Por otra parte, la contraprestación, regalías o royalties, no son un elemento esencial de las franquicias, pues algunos sistemas no tienen contemplado el pago de estas durante la vigencia del contrato, ya sea porque se encuentran disfrazadas al ser incluidas en el precio de los bienes o servicios abastecidos por el franquiciante o porque en términos estratégicos resulta conveniente no cobrar contraprestaciones por otorgar una unidad de franquicia.⁶³ Pero la verdad es que en la práctica son muy pocos los contratos de franquicia que se dan de forma gratuita, por lo mismo es necesario establecer parámetros eficientes para evitar que la codicia de ciertos franquiciantes a la larga no repercutan en el fracaso de su propio sistema.

e) La Exclusividad: es el área definida en el contrato dentro de la cual, ningún establecimiento de la franquicia puede comercializar los productos o servicios de la misma. Por lo tanto, el franquiciatario tendrá derecho a desarrollar su actividad en la zona geográfica asignada por el franquiciante de forma exclusiva, imposibilitando el desarrollo de la misma actividad por otros franquiciatarios en la misma zona.⁶⁴ A su vez, el franquiciatario se obliga a

⁶³ FEHER TOCATLI, Ferenz, GALLÁSTEGUI, Juan Manuel, " Las Franquicias: un efecto de la Globalización ": Ed. Mc Graw Hill, México 2001, pp.63.

⁶⁴ Ver www.desados.com/emprendedores/la%20franquiciahtm. Fecha de consulta 10 de septiembre de 2003.

explotar la franquicia únicamente a través de los locales predeterminados, objeto del contrato; no convenir con terceros franquicias fuera del territorio asignado, en caso de estar facultado para subfranquiciar, abstenerse de captar clientela fuera del territorio otorgado y no fabricar, vender o utilizar dentro del ámbito de la franquicia, productos que compitan con los que son objeto del contrato.

Casi siempre el otorgamiento de derechos de exclusividad sobre un territorio trae aparejado el cumplimiento de determinado desempeño mínimo, el cual estipula un nivel de ventas que los franquiciatarios deben alcanzar los derechos de exclusividad tanto sobre su territorio, el uso de la marca registrada, o ambos, así como sobre el programa del negocio.⁶⁵

La concesión de zonas exclusivas deberá realizarse partiendo de un plan de desarrollo inicial que ayudará a concretar el tamaño óptimo de las zonas de exclusividad. Las principales características que se deben tomar en cuenta según los peritos en la materia para establecer los territorios o áreas de influencia son:

- * Mercado meta.
- *Competencia directa o indirecta.
- *Tamaño de la población.
- *Edad y sexo de los habitantes.
- *Población económicamente activa.
- *Vías de comunicación.
- *Entidades gubernamentales.
- *Principal industria y comercio de la zona.
- *Nivel socioeconómico.
- *Clientes naturales existentes.⁶⁶

Es importantísimo señalar que, algunos franquiciantes de manera arbitraria desarrollan sus sistemas de franquicias sin determinar exclusividades territoriales o lo hacen de forma sumamente limitada, esto genera que los franquiciatarios de un mismo

⁶⁵ RAAB, Steven, Matusky Gregory, " Franquicias Como Multiplicar su Negocio ": Ed. Limusa, México 2002, pp.190.

⁶⁶FEHER TOCATLI, Ferenz , GALLÁSTEGUI, Juan Manuel, " Las Franquicias: un Efecto de la Globalización ": Ed. Mc Graw Hill, México 2001, pp. 78.

sistema de franquicias se conviertan en rivales directos y compitan salvajemente por el mismo mercado. Como uno de tantos ejemplos, tenemos la cadena poblana de Café Gourmet: “ **The Italian Coffe** ”, que en menos de 10 años ha otorgado 96 franquicias en todo México y que se caracteriza porque muchos de sus locales están prácticamente pegados.⁶⁷ Por otro lado están las estaciones de servicio **Pemex**. Desde hace 10 años, el programa de franquicias de la paraestatal ha impulsado la creación de más y más gasolineras a lo largo y ancho de la República mexicana, sin respetar prácticamente ningún tipo de restricción territorial. Esta empresa que hoy cuenta con 5,465 gasolineras, no tiene establecido un límite de distancia entre cada una de ellas, argumentando que con esto se promueve la calidad en el servicio, cuando es un secreto a voces que verdadera razón es saturar el mercado antes de que llegue la competencia extranjera.⁶⁸

Juan Manuel Gallastegui, ex presidente de la AMF y connotado experto en el ramo, opina al respecto que puede pensarse equivocadamente que la territorialidad es un elemento indispensable para que exista una franquicia. Afirma que existen franquicias que ante un producto con gran demanda no otorgan a su franquiciatarios territorios exclusivos, sino que éstos van configurándose por las tendencias de consumo y de demanda de un bien o un servicio en un mercado determinado. Es decir, que si nos encontramos en una ciudad cualquiera donde existe gran demanda de algún bien o servicio, los establecimientos que lo ofrezcan serán tantos como se requieran para satisfacer la demanda. Además, explica que al no otorgar a los franquiciatarios territorios exclusivos fomenta un mejor servicio en cada una de las unidades que integran una red o sistema de negocios franquiciados y estimula la competencia ente sus integrantes.⁶⁹

Por otro lado la literatura económica ha desarrollado principalmente tres argumentos que explican la racionalidad económica de los acuerdos de protección territorial. El primero considera que este tipo de convenios permite proteger los márgenes comerciales de los franquiciatarios de la “ erosión ” que supondría competir

⁶⁷Para sustentar este ejemplo, en la ciudad de Puebla existen 4 franquicias de “ Italian Coffe ” que están separadas por unos cuantos metros, estas son: Centro Histórico Catedral , Centro Histórico Los Portales, Centro Histórico Reforma y Centro Histórico Santa Clara .

⁶⁸ Ver <http://www.franquiciapemex.com/introduccionfp/ifp6territorio.htm> Fecha de consulta 3 de octubre de 2003.

⁶⁹ Ver www.franquiciaspemex.com/octanaje/terri02.htm Fecha de consulta 9 de octubre de 2003.

con otros franquiciatarios de la misma cadena. Un segundo argumento considera que la protección territorial, en su formulación más extrema, permite a los franquiciatarios proteger, frente a otros miembros de su cadena, los derechos de propiedad sobre las inversiones destinadas a promocionar los productos o servicios que venden. Para entender este argumento hay que tener en cuenta que los franquiciatarios producen información invirtiendo en publicidad y prestando una serie de servicios. Dado que, habitualmente, los clientes se pueden beneficiar gratuitamente de esta información, podrían estar interesados en obtenerla en los establecimientos que la prestan y comprar en otros puntos de venta que no provean tales servicios, en los cuales previsiblemente, los precios serían menores, al soportar costes más bajos. La tercera explicación se basa en la protección de las inversiones del franquiciatario. Así, una vez que este ha realizado en su territorio las inversiones necesarias para prestar los servicios exigidos por el franquiciante, éste podría desear distribuir sus productos o servicios de forma directa o vender más franquicias en dicho territorio ⁷⁰

Resulta obvio entonces, que si no se otorga aunque sea una mínima exclusividad territorial, el franquiciante perjudica sus propios intereses de forma futura y el de sus franquiciatarios de forma inmediata, pues se supone que lo novedoso y excepcional de este sistema de comercialización es que se arrenda una fórmula de negocios exitosa donde se va a permitir que el adquirente de la misma pueda explotarla libremente en un área preferencial y no compitiendo contra su propia marca ⁷¹, lo cual es completamente inequitativo, pues el franquiciatario se obliga en el contrato a una serie de limitantes comerciales mientras que el franquiciante a ninguna. Lo único que considero viable al respecto, es que por un mal desempeño por parte del franquiciatario al no tener el mínimo de ventas al que se haya comprometido en determinado tiempo, pueda ser sancionado por parte del franquiciante con la pérdida

⁷⁰ Ver www.efranquizium.com.actualidad/opinion/vazquezprofe02.asp Fecha de consulta 9 de octubre 2003.

⁷¹ A esta práctica en el mundo de las franquicias se le conoce como **canibalismo** y se refiere a establecer 2 o más puntos de venta más cerca el uno con el otro de lo que deberán de haberlo hecho según lo estudiado, lo que genera la repartición de las ventas y clientes entre 2 o más franquiciatarios de la misma cadena. **Naomi Klein** en su libro titulado " **No Logo** " establece que uno de los ejemplos más claros de esta agresiva maniobra comercial la realiza la franquicia internacional de café " Starbucks ". Su estrategia consiste en saturar una zona de tiendas hasta que la competencia en el ramo del café se haga tan feroz que las ventas bajen incluso en sus propias tiendas. Comprensiblemente mientras más cerca estén los establecimientos, más comienzan a absorber o " canibalizar " la clientela de los demás. Para decirlo de otro modo, la empresa Starbucks expande monstruosamente su mercado mientras cada tienda suya pierde su cuota, debido principalmente a los otros establecimientos de Starbucks !!.

del derecho de exclusividad sobre ese territorio.

En conclusión es necesario incluir la exclusividad territorial como un elemento esencial del contrato de franquicia, por lo tanto su redacción en la LPI debe ser mucho más precisa.⁷²

3.8 ELEMENTOS FORMALES

Tenemos como elementos formales, la entrega previa a la firma del contrato, de cierta información técnica, económica y financiera, conforme a lo establecido en el artículo 65 del Reglamento de la LPI y a la inscripción del contrato de franquicia, para que pueda crear efectos en perjuicio de terceros.

La inscripción de la franquicia se hace ante el IMPI, sin embargo, éste únicamente compete respecto de las licencias de uso de marca o explotación de patente, por lo que es frecuente inscribir sólo un anexo en cuál consten dichos aspectos y no todo el contrato de franquicia.

Asimismo, pensando en el Fisco como un tercero, resulta necesaria la inscripción con el objeto de acreditar y deducir los pagos por regalías que se realicen.

73

⁷² El artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial en su fracción VII (Circular de Oferta de Franquicia) señala la "definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia". Lo anterior debe interpretarse en que necesariamente existe un territorio exclusivo.

⁷³ Ver www.mx.invertia.com/noticias.asp?idNoticia=200105181300_INV_31552&idtel Fecha de Consulta 10 de octubre de 2003.