

167
Des.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"ANALISIS SOCIOJURIDICO DE SOCIEDADES CON
HISTORIAS DISTINTAS Y UN MERCADO
EN COMUN"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

GUILLERMO COLIN VALLE

ASESOR: LIC. VICTOR LARA TREVIÑO



MEXICO, D. F., CIUDAD UNIVERSITARIA

1995

FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Victor Lara Treviño
Abogado

Ciudad Universitaria a 16 de Mayo de 1995.

SR. LICENCIADO PABLO ROBERTO ALMAZAN ALANIZ.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE SOCIOLOGIA
GENERAL Y JURIDICA.

Estimado Maestro:

El alumno **GUILLERMO COLIN VALLE**, ha elaborado en este H. Seminario a su digno cargo, un trabajo de tesis intitulado "**ANALISIS SOCIOJURIDICO DE SOCIEDADES CON HISTORIAS DISTINTAS Y UN MERCADO EN COMUN**" bajo la asesoría del suscrito.

La monografía en cuestión de la cual me permito acompañar el ejemplar que me entregó el interesado, ha sido revisada en su totalidad y en su oportunidad se le han hecho las modificaciones que consideré necesarias a efecto de que satisficiera los subtemas del capitulado que le fué autorizado.

Además la investigación en cuestión se encuentra apoyada en una amplia bibliografía sobre el tema, tanto jurídica como sociológica, reuniendose los requisitos que exige el reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado.

Por lo anteriormente expuesto, someto a su digna consideración el referido trabajo, para que, de no existir inconveniente alguno de su parte, tenga a bien autorizar que dicha monografía se imprima y sea presentada en el Examen Profesional correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo, reiterandole mi más alta y distinguida consideración.

A T E N T A M E N T E.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

LIC. VICTOR LARA TREVIÑO.
PROFESOR DE ASIGNATURA
ADSCRITO A ESE H. SEMINARIO.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE SOCIOLOGIA
GENERAL Y JURIDICA

No. L/53/95

COORDINADOR DE LOS SERVICIOS
ESCOLARES DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El pasante de la licenciatura de Derecho COLIN VALLE GUILLERMO, solicitó inscripción en este H. Seminario y registro el tema intitulado:

" ANALISIS SOCIOJURIDICO DE SOCIEDADES CON HISTORIAS DISTINTAS Y UN MERCADO EN COMUN ", designándose como asesor de la tesis al LIC. VICTOR LARA TREVIÑO.

Al haber llegado a su fin dicho trabajo, despues de revisarlo su asesor, lo envió con la respectiva carta de terminación considerando que reúne los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales.

Apoyado en este dictamen en mi carácter de Director de este H. Seminario, tengo a bien autorizar su IMPRESION, para ser presentado ante el Jurado que para efecto de Exámen Profesional se designe por esta Facultad de Derecho.

Reciba usted un respetuoso saludo y las seguridades de mi mas alta consideración.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ES
Cd. Universitaria, D.F., a 10 Mayo de 1995.



FACULTAD DE DERECHO
LIC. PABLO ROBERTO ALMENDARIZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE SOCIOLOGIA

PRAA/edm

A los seres más queridos que han influido de manera definitiva en mi vida, en mi formación personal y profesional, a ellos a quienes han inculcado los principios y valores más preciados en mi existencia, gracias por su apoyo incondicional, su amor y su enseñanza. Les dedico esta obra a mis PADRES.

A las personas que por gracia de Dios han estado presentes en mi vida brindandome cariño, apoyo y compañía quiero expresarles mi más grande gratitud. A mis HERMANOS.

A aquellos que conocí durante el trayecto de mi vida y que han ocupado un lugar muy importante en mi persona, quiero expresarles mi mayor reconocimiento de gratitud. A mis AMIGOS.

A todos aquellos que me permitieron asimilar conocimientos de su persona, en el aspecto cultural, ético, profesional y de amistad, mi más eterna gratitud. A mis MAESTROS.

Un especial agradecimiento al maestro que me apoyo y me guió incondicionalmente para lograr culminar tan anhelado objetivo. Al maestro VICTOR LARA TREVIÑO.

El mayor de todos mis reconocimientos de gratitud a la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, por haberme guiado en la senda de la sabiduría.

**ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO DE SOCIEDADES CON HISTORIAS
DISTINTAS Y UN MERCADO EN COMÚN.**

I N D I C E

CAPÍTULO I

GENERALIDADES SOBRE LA FRANQUICIA

1.1 Concepto económico.	1
1.2 Nociones históricas y desarrollo de la Franquicia.	2
1.3 Características de la Franquicia.	10
1.4 Clasificación de la Franquicia.	17

CAPÍTULO II

BASES JURÍDICAS DE LA FRANQUICIA

1.1 El Derecho Mercantil y la Franquicia.	20
1.2 La Franquicia en el Derecho mexicano.	23
1.3 Nuevas Leyes en Materia Económica.	28
1.4 Denominación y concepto.	32
1.5 Figuras afines.	40
1.6 Elementos y obligaciones en el Contrato de Franquicia.	43

CAPÍTULO III

EL SURGIMIENTO DE UN SISTEMA DE MERCADOTECNIA

1.1 Una nueva era en las Franquicias, Mc Donald's y AAMCO.	81
1.2 Franquicia de productos o de marcas registradas.	90
1.3 Franquicia con formato de negocio y por conversión.	91
1.4 Las Franquicia desde un punto de vista fiscal.	95

CAPÍTULO IV

TRASCENDENCIA SOCIAL Y CULTURAL DE LA FRANQUICIA.

1.1 Contexto cultural y socialización.	103
1.2 Cultura, su función, su historia y su sociología.	109
1.3 Procesos asociativos y grupos.	121
1.4 Cambio social y cultural.	125
1.5 La metamorfosis de los gustos.	135
1.6 Por un consumo homogéneo.	139

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día la humanidad reclama, cada día con mayor fuerza, su derecho a la libre elección de sus representantes, su derecho al libre comercio, a las industrias, su derecho a la libertad de pensamiento y a la libertad de creación.

Esta situación se ha visto favorecida por la enorme facilidad que existe en las comunicaciones mundiales. La radio y sus imágenes de televisión pueden ser escuchadas y vistas en diversas regiones del mundo y ponen en conocimiento de todos el avance tecnológico, la existencia de la permanente innovación, la gran variedad de signos distintivos de productos y servicios que parecen tener vida propia en tanto sugieren a los usuarios algún tipo de necesidad para ser adquiridos.

Como consecuencia de esta situación surge un sistema de mercado que se denomina "Franquicia", éste, como una de sus características tiende a igualar los consumos desiguales y traspasan las fronteras políticas y culturales, para volverse concepto de consumo universal, la globalización de los consumos, la generación de bienes y servicios homogéneos para todo tipo de sociedades es un fenómeno que tiende a ganar fuerza en el mundo, la propia globalización de la economía y de los capitales para los cuales ya no hay fronteras nacionales, sino oportunidades de hacer negocios a nivel internacional.

Las formas de producir, distribuir y consumir tienden a homogenizarse y a convivir con los regionalismos y las manifestaciones de cultura propias de cada pueblo.

Por lo que respecta a nuestro estudio, y en cuanto se refiere a México se origina la inversión de capitales extranjeros por el cambio de una nación proteccionista a una economía abierta, en un período que no va más allá de ocho años, también nuestra cercanía al mercado estadounidense, a sus valores y consumos, que representan para el mexicano una realidad dual, que sirven de referencia y ejemplo, el cual se trata de copiar, por otro lado se presentan frenos culturales e ideológicos por ser México y Estados Unidos dos sociedades con historias distintas, con lo cual se da una búsqueda de oportunidades de negocios, que se pueden dar a través de las franquicias, dentro de su marco jurídico, el contrato de franquicia, nace en los Estados Unidos de América y es de celebración frecuente en muchos países, forma parte ya del derecho mercantil mexicano.

La ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, que actualmente se refiere a ésta figura, le denomina "Franquicia" y señala sus principales características.

Durante los dos últimos años, se promulgaron en México diversas disposiciones en materia económica que, seguramente, tendrán una influencia importante en el futuro desarrollo de la franquicia.

CAPITULO I

GENERALIDADES DE LA FRANQUICIA

CONCEPTO ECONÓMICO

La franquicia, traducción al español de "franchise", es una novedosa figura nacida en los Estados Unidos de América y que empieza a ser acogida por todo el mundo mercantil con éxito inusitado en el último cuarto del siglo XX.

En el campo económico la franquicia es un modo de expansión de grandes empresas que participan de sus conocimientos para hacer negocios con pequeños empresarios a quienes integran por este sistema, a la distribución y, a veces, a la producción de sus bienes y servicios. La franquicia cumple con los fines económicos de las dos partes: el concedente crece sin invertir, sin riesgo laboral, fiscal y con control sobre el concesionario; éste, ingresa a un negocio "probado", con poco riesgo de fracasar, compra tecnología barata, recibe capacitación y su costo es variable en base a resultados. Se logra en esta relación una forma de sociedad entre la gran organización y el pequeño empresario.

La franquicia no puede negar su mercantilidad, nace en la economía más desarrollada del mundo, su conformación y desarrollo pragmático en Estados Unidos, pronto la convierten en una figura de éxito que se exporta a otros países y sistemas que se encuentran en el problema de ubicarlo dentro de su orden jurídico.

Las franquicias ofrecen a las empresas un medio adicional para capturar participación en el mercado. Al ofrecer nuevos formatos para las ventas de productos y servicios ya establecidos, las cadenas de franquicias aportan uniformidad a industrias desorganizadas, lo que atrae una extensa fidelidad a la marca por parte de sus clientes,

los franquiciatarios adquieren una franquicia para pertenecer a una red de negocios y de esa manera reducir el riesgo de todo negocio independiente. Una vez que la infraestructura del negocio esté completa, los franquiciatarios van a pedirle que perpetúe el éxito por medio de una expansión y un desarrollo continuados. Como franquiciador, será su responsabilidad ofrecerles esa oportunidad, ante todo mediante mayores servicios de mercadotecnia y de publicidad. ¹

La franquicia desde el punto de vista de los negocios, definida en su sentido más simple "es un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquiciatario) se le concede a cambio de una contraprestación, el derecho a comercializar bienes y servicios de otros (el franquiciante) de acuerdo a ciertas condiciones y practicas establecidas del franquiciante y con su asistencia". ² Esta relación es un perfecto matrimonio entre una gran empresa u organización de negocios y un pequeño empresario o comerciante. El franchise se define como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta. ³

NOCIONES HISTORICAS Y DESARROLLO DE LA FRANQUICIA.

Los primeros antecedentes de esta relación comercial suelen situarse en los años de 1850 o 1860 en los Estados Unidos de América, cuando I.M. Singer & Company creó el primer embrión de este contrato de franquicia como medio para distribuir y vender sus máquinas de coser. De este remoto antecedente, que al parecer

1. Steven H. Giffs, Diccionario de Derecho, EEUU, Barron's, 3a Edición, 1994, p. 67.

2. David J: Kaufmann, "Franchising" estrategia de negocios y comportamiento legal, EEUU, Nueva York, 1988, p. 15.

3. Jean Guyenot, Que es el franchising?, concesiones comerciales, Argentina, Ejea, 1977, p. 21.

no fue imitado por otros negocios, el siguiente caso es el de Howard Johnson que creó, en los años treinta, una cadena de veinticinco moteles, este era un sistema de concesión con el derecho de distribuir los productos y servicios bajo la marca del fabricante y en zonas en donde se respeta una cierta exclusividad. ⁴

Durante el período comprendido entre las dos guerras mundiales, los fabricantes de automóviles y especialmente la General Motors, idearon un sistema para superar los obstáculos que la Ley Antitrust provocaba impidiéndoles que comercializaran directamente sus productos. Así aparecieron las primeras cadenas de distribución. Después de seleccionar y formar técnica y comercialmente a una serie de candidatos para revender los automóviles y sus recambios, se les concedía la exclusiva de venta en un territorio determinado contra el pago de un royalty. ⁵

Estos revendedores se ocupaban de todo lo relacionado con la promoción de la marca y del servicio post-venta, el franquiciador los seguía apoyando con una cobertura publicitaria y una estrategia de desarrollo y crecimiento a escala nacional, de la cual le hacía partícipe.

El éxito del sistema se trasplantó a otras actividades tales como compañías petrolíferas y embotelladoras de bebidas que alquilaban su marca desarrollando rápidamente cadenas de establecimientos con implantación en todos los estados.

4. Op. Cit., D. Kaufmann, p.16.

5. Francisco Casa, *La franquicia, España, Gestión 2.000, 3a Edición, 1993*, p. 20.

Sin embargo, el verdadero desarrollo de este método de negocios se produce en los años de 1950 y 1960, cuando aparecen los “ gigantes “ o grandes empresas que expanden su área de negocio por medio de este moderno sistema (Holiday Inn, Roto-Rooter, Dunkin Donuts, Mc Donald's, Burguer King, 7 eleven, Baskin-Robins, Kentucky Fried Chicken, Sheraton). 6

Antes de este desarrollo de negocios a gran escala, hay varias áreas de bienes y servicios que operan a través de la franquicia para su distribución: como se menciona con anterioridad son los fabricantes de automóviles, las embotelladoras de refresco y las estaciones de gasolina. Posteriormente se han agregado a este sistema de franquicia el equipo y los accesorios de computación.

EL DESARROLLO DE LA FRANQUICIA.

A partir de 1972, la creación de nuevos distribuidores que utilizaban productos y marcas en franquicia experimentó un retroceso y muchos desaparecieron. Entre 1972 y 1983, hubo una pérdida global de casi 90,000 distribuidores de gasolina en los Estados Unidos de América.

Sin embargo, en los años ochentas el crecimiento que experimentaban la concesión de franquicias es exponencial y las estadísticas y cifras de ventas en este aspecto resultan prueba suficiente del éxito de esta relación comercial entre franquiciantes y franquiciatarios. “ La franquicia es una de la fuerzas actuales más dinámicas de la economía de los Estados Unidos y del mundo,“ La franquicia como

6. Op. Cit. D. Kaufmann, pp. 13 y 14.

estrategia de marketing no es que sufra una crisis, sino una transformación que le lleva a formas de asociacionismo mucho más sofisticadas.

En la práctica, el franquiciado no sólo tiene acceso a los productos y a la marca de la sociedad productora, sino también a los planes de desarrollo y a servicios de apoyo. Un típico contrato de franquicia, tiene hoy en día en cuenta los servicios de apoyo contables, de selección y formación continuada del personal, de publicidad y de promoción, de animación y escaparatismo.

Los elementos que provocan el resurgir de la franquicia son:

Los cambios del clima social y económico en los Estados Unidos y en otros países desarrollados. Se ha pasado de la manufactura de los productos al tratamiento de la información y a la prestación de servicios. Muchos servicios se optimizan precisamente por su repetición y su sistematización, criterios estos, esenciales en cualquier franquicia con éxito.

La incorporación en masa de la mujer al mundo de trabajo. Las familias con dos rentas empezaron a solicitar empresa que proveyeran productos y servicios rápidos, convenientes y a precios razonables. Como la franquicia ofrece siempre el mismo producto o servicio, al mismo precio y del mismo modo, los consumidores saben de ante mano lo que van a recibir a cambio de su dinero. Se pone de moda el viejo slogan del Holiday Inn: " La mejor sorpresa es no tener sorpresas ".

El aumento de número de familias con dos salarios ha hecho crecer sus disponibilidades económicas y, en consecuencia, el acceso de un número siempre mayor de personas a la compra de servicios; limpieza doméstica, mantenimiento del

jardín, mantenimiento del automóvil, asesores fiscales, etc., que en el pasado la mayoría de familias resolvían por sí solas.

La televisión y los medios de comunicación social han terminado por cerrar el círculo, permitiendo crear una general identificación del producto.

Los sistemas de telecomunicaciones permiten a las empresas desarrollar campañas tendentes a identificar el producto a escala internacional. No es exagerado predecir que en la década de los noventa, será corriente viajar por los países desarrollados y comprar aproximadamente los mismos productos y servicios que se compran en el país de origen.

El espíritu emprendedor está de moda, asumir riesgos empresariales suscita admiración y provoca aplausos. Llegar a ser dueño de sí mismos para la generación de los nacidos entre 1946 y 1964, es más importante de lo que haya podido ser nunca para ninguna otra generación de cualquier otra época anterior. 7

Los pequeños empresarios normalmente encuentran dos grandes obstáculos en el camino de su éxito: la escasa o nula experiencia comercial y de gestión, así como un capital insuficiente. El método de la franquicia frecuentemente ofrece soluciones a estos dos problemas.

La fórmula se ha ido expandiendo por todo el mundo, siguiendo los pasos evolutivos como de tantas otras técnicas, eminentemente comerciales y financieras y cuyo origen se sitúa en los Estados Unidos de América.

7. Op. Cit. F. Casa, p. 21.

Se acabaron los tiempos en que se creía que la franquicia fuese una fórmula empresarial exclusivamente americana y hoy en día las sociedades de mayor envergadura y empuje están descubriendo que los mercados extranjeros solicitan, ni más ni menos que los consumidores estadounidenses, un cierto nivel de calidad sobre el que poder contar. Es por ello que a un desarrollo fundamentado en la expansión de empresas americanas, aparecen por doquier sociedades franquiciadoras autóctonas que, a su vez, están tomando al asalto países fuera de sus fronteras con implantaciones decididamente a escala internacional.

Ejemplo de este comentario lo representa la firma italiana Benetton, fabricante de prendas para jóvenes, y que tras una etapa de saturación de su mercado original, actualmente opera en más de cincuenta países en todo el mundo, incluyendo varios en Europa Oriental.

Al hablar sobre la importancia actual de la franquicia, las cifras sobre los negocios que conceden franquicias, el número de franquiciatarios existentes y las cifras de ventas totales por estos conceptos son variadas, según la fuente que las proporciona y la época en que han sido publicadas. Pero esto no opaca el empuje y agresividad de este nuevo sistema de hacer negocios en el mundo que ha tenido su origen en los Estados Unidos de América y se ha expandido a todo el mundo.

El resumen de los datos más interesantes es el siguiente:

a) A través de las franquicias se vende una tercera parte de los bienes y servicios de consumo en los Estados Unidos de América.

b) Existen tres mil compañías franquiciantes (franchisor) que otorgan franquicias, de las cuales mil son empresas significativas.⁸

8. Enrique y Rodrigo González Calvillo, *Franquicias la revolución de los 90*, México, McGraw Hill, 1991, p. 20.

c) Para 1989 había quinientos mil franquiciatarios (franchisees).

d) El sistema de franquicias emplea a cinco millones de personas.

e) La franquicia se utiliza por cerca de cincuenta o sesenta diferentes industrias y negocios.

Otros datos de interés al respecto son:

En 1988 las ventas por el método de franquicia en los Estados Unidos de América fue de 640 billones de dólares.

En la década de los años ochenta el crecimiento de las ventas por franquicias se ha incrementado en un noventa por ciento.

Cerca de cuatrocientos franquiciantes han exportado su negocio y han creado treinta y cinco mil unidades de franquiciatarios en todo el mundo.

El auge mundial de la franquicia puede comprobarse, también, con las siguientes cifras:

Las franquicias internacionales, en el año de 1986, eran 354 compañías franquiciantes (franchisor) y 31,626 franquiciatarios (franchisses) distribuidos en distintos países de la siguiente manera:

Cánada 9,031; México 559; Caribe 792; Centro América 179; Sudamérica 521; Reino Unido 2,415; Europa Continental 4,844; Medio Oriente 339; Africa 641; Japón 7,336; Asia 1,703; Australia 2,816; Nueva Zelanda 420.

Como noticia que causa sensación en los finales de la década de los ochenta, se dice que los "pioneros" de las empresas que hacen negocios con Rusia (URSS) son compañías que operan con el sistema de franquicia. Los principales tipos de negocios implementados son: refrescos, hamburguesas y restaurantes de pizzas.

En marzo de 1989, una compañía rusocanadiense (joint-venture), estableció un negocio de imprenta y artes gráficas en Mósca, como franquiciataria de una empresa americana establecida en Tucson, Arizona que, por otra parte, ha iniciado negocios detrás de lo que se conocía como la Cortina de Hierro antes de la disolución de la Unión Soviética, por medio del sistema de franquicia. 9

El desarrollo de las franquicias en México se está dando en la década de los noventa con un importante crecimiento. Algunas de las razones de este crecimiento son: la abrogación de la Ley sobre el Control y Registro de la transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas (LRTT), una apertura más favorable a la inversión extranjera, el fomento a la pequeña empresa y medios de financiamiento más ágiles, algunos de ellos enfocados a las franquicias y a la pequeña y mediana empresa.

Las cifras más relevantes de los últimos años en México son:

-Empresas franquiciantes hasta enero de 1990	33
-Empresas franquiciantes hasta diciembre de 1991	112
-Empresas franquiciantes hasta diciembre de 1992	173

-Franquiciatarios para diciembre de 1992

4,100

En cuanto al origen de las franquicias que operan en México, las empresas con franquiciantes de los Estados Unidos de América representan cerca del 49%, empresas con franquiciantes de México, aproximadamente el 46%, con origen en Francia el 2%, de origen Español el 1% y de otros países el 1%.

Los franquiciatarios están localizados en las grandes ciudades de la República Mexicana. En la ciudad de México está cerca del 60% de los establecimientos, en Monterrey el 20%, en Guadalajara el 10%, y el último 10% en el resto del país.

Los montos de inversión en franquicias son variables, desde 1,000 hasta 50,000 dólares, dependiendo del tipo de negocio objeto de la franquicia. Por ejemplo, el pago inicial de franquiciatarios mexicanos es, aproximadamente de 30,000 dólares para hoteles, de 30,000 dólares para restaurantes y para comida rápida, de 25,000 dólares para ropa y calzado, de 8,000 dólares para helados, y de 24,000 para copiado e impresión. Además, se ha constituido en México la Asociación Mexicana de Franquicias y hay una oficina del Centro Internacional de Franquicias. 10

CARACTERÍSTICAS DE LA FRANQUICIA.

La franquicia aparece en economías desarrolladas en donde existen producciones de bienes y servicios en forma masiva, a gran escala y en la que los consumidores de estas mercancías y servicios exigen uniformidad en los bienes

demandados. De este modo puede decirse que tres elementos destacan como básicos para que pueda darse el fenómeno de la franquicia; la marca, la uniformidad del producto o servicio y el pago del franquiciatario al franquiciante.

LA MARCA

La función primordial de una marca es una indicación de calidad. Las diversas disposiciones que se han dictado en algunos Estados de la Unión Americana, insisten que para identificar una relación de franquicia es necesario que el franquiciatario opere su negocio con una o varias marcas (o nombre(s) comercial(es) del franquiciante). La marca del producto o servicio objeto de la franquicia es un elemento esencial del contrato. ¹¹

La Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial (LFPI) establece claramente que sólo habrá franquicia para el Derecho Mexicano cuando exista la licencia de uso de una marca (art. 142).

LA UNIFORMIDAD

"El público demanda uniformidad y el público, a través de la franquicia, lo consigue. Por ejemplo, en Mac Donald's, una "Big Mac" sabe igual en Maine que en California y los restaurantes se ven iguales en Arkansas que en Toledo y el nombre externo es siempre el mismo en todo el mundo. ¹²

11. Luis Cardelús, *El contrato de franchising*, España, PPU, 1988, p. 57.

12. Op. Cit. D. Kaufmann, p. 16.

El concepto de uniformidad del producto o servicio, o de estandarización, está íntimamente ligado al concepto de la marca y el nombre comercial, pues el consumidor, por medio de estos signos distintivos va a identificar el producto o servicio que quiere y conoce anticipadamente y la calidad que tiene el bien que pretende adquirir. Esta uniformidad de productos y servicios, unidos a un control de calidad y a una producción en gran escala, es típico resultado de las economías desarrolladas del siglo veinte. Y así, cuando un franquiciatario cambia las características del producto o servicio al patrón o modelo, pues después de todo el cliente espera consistencia. La falta de consistencia impide crecer al sistema de franquicias además de dañar la imagen y reputación.

En la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial(LFPPI) se establece que el objeto de la franquicia es que el franquiciatario "pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme"(art. 142).

LA CONTRAPRESTACIÓN

El pago de diversas cantidades que el franquiciatario hace al franquiciante de la franquicia está, generalmente, ligado a los resultados de la operación del negocio franquiciado. En este aspecto, los contratos de franquicia onerosos y mercantiles puede prever una diversidad de pagos por distintos conceptos o servicios que suponen la explotación de la franquicia. De estos pagos hay dos conceptos básicos: el pago inicial u cuota que da derecho a la franquicia(franchise fee) y las regalías(royalties)como pagos periódicos.

Para señalar los diversos conceptos de pagos del franquiciatario al franquiciante, enlisto los siguientes:

- a) Pagos iniciales:
- I) derecho de franquicia (franchise fee);
 - II) desarrollo de la franquicia, franquicia de áreas;
 - III) entrenamiento;
 - IV) aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio;
 - V) diseño arquitectónico;
- b) Pagos periódicos:
- I) regalías (porcentaje fijo, cuota mínima, posible incremento o decremento según ventas, mixto);
 - II) por servicios directos;
 - III) contribución de publicidad y mercadotecnia;
 - IV) cargos por servicios especiales como contabilidad, servicio de computación, preparación de facturas, financiamiento, entrenamiento, consultoría, asistencia técnica especializada.
- c) Pagos de Renta:
- I) del inmueble,
 - II) equipo, instalaciones, anuncios, señales;
- d) Pagos por Ventas de:
- I) equipo, instalaciones, anuncios, señales;
 - II) producto terminado que vende el franquiciatario al cliente;
 - III) materia prima, materiales, ingredientes que utiliza el franquiciatario;
 - IV) servicios de distribución y comisiones a agentes vendedores;
 - V) material de publicidad;
- e) Comisiones a Terceros Proveedores del Franquiciatario.
- f) Intereses por Préstamos al franquiciatario. 13

Dentro de las características de la franquicia, es importante aludir a las concernientes a los sujetos de esta relación mercantil:

a) Para el Franquiciante:

I) Constituye un medio para hacer crecer su negocio, abarca nuevas áreas geográficas, nuevos establecimientos donde se vende su producto o servicio, se prestigie y conozca su marca y su nombre comercial.

II) Desde el punto de vista inversión, la franquicia representa para el franquiciante la posibilidad de crecer con recursos de otras personas, sin necesidad de invertir. La franquicia, además, es una fuente de ingresos del concedente a través de la venta del privilegio, de las regalías y de otros pagos. Hay que tomar en cuenta que el franquiciante tiene que invertir en el desarrollo del sistema de franquicias, en el paquete de servicios, manuales operativos, personal empleado para la supervisión de los franquiciatarios, y otros gastos que ocurren antes de que el franquiciante empiece a recibir ingresos por la venta de franquicias o por las regalías.

III) El franquiciante, por medio del contrato, conserva la vigilancia del negocio, el control de calidad de los productos o servicios materia del mismo y las normas sobre el uso de la marca y el nombre comercial.

IV) El franquiciatario asume cualquier relación laboral con sus propios dependientes, trabajadores y empleados, sin que exista la figura del intermediario(arts. 12 y 13 de la Ley Federal del Trabajo), pues la relación franquiciante-franquiciatario es contractual y de naturaleza mercantil.

V) Desde el punto de vista fiscal el franquiciatario, como persona y contribuyente distinto al franquiciante, asume todas las obligaciones y responsabilidades de las relaciones con el fisco. No se produce ninguna situación similar a la sucursal del franquiciante.

VI) Administrativamente el franquiciante tiene el control sobre el franquiciatario en áreas como control de calidad(para la uniformidad del producto o servicio), organización del negocio, administración general, asesoría en diversas áreas. Además, los informes periódicos sobre el desarrollo del negocio que recibe el franquiciante, le ofrecen la posibilidad de dar instrucciones correctivas al franquiciatario.¹⁴

b) Para el franquiciatario:

I) Representa una fórmula de desarrollo de la libre empresa. El franquiciatario "es un comerciante jurídicamente independiente y ésta es una condición de la eficacia y la rentabilidad, en cuanto evita transferir responsabilidades y el peso de la burocracia privada".

II) Realiza una inversión en un negocio "probado", es decir, recibe tecnología para exportar una negociación o vender productos o servicios amparados por marca, nombre comercial y con cierto arraigo en un mercado. Representa para el franquiciatario una inversión con resultados económicos más seguros que una inversión en un negocio nuevo.

III) Recibe tecnología desarrollada por otras personas con un costo de investigación y desarrollo que el propio franquiciatario difícilmente puede costear por sí mismo.

IV) Participa de un sistema de administración, organización, ventas, publicidad y elementos de operación de las empresas que pertenecen a una a una corporación u organización empresarial más desarrollada de la que recibe sus beneficios. Esto va a suponer para el franquiciatario poca independencia, pues debe ajustarse a los manuales de operación del franquiciante.

¹⁴. Op. Cit, J. Arce, p. 17.

V) La capacitación e inspecciones periódicas sobre el desarrollo de la negociación la proporciona el franquiciante, lo que le ahorra costos en estas áreas y le genera posibilidades de utilidades en plazos más cortos. ¹⁵

VI) El explotar un negocio ya desarrollado por medio de la franquicia le da al franquiciatario una experiencia ajena que le dará posibilidades de obtener utilidades más rápidamente que si iniciará por su cuenta el negocio.

El concepto de franquicia de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial(LFPPI) dice "con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca" (art.142).

VII) La inversión que supone el establecimiento para exportar la franquicia es una inversión relativamente menor si se compara con lo que costaría al franquiciatario hacer la inversión que supone un nuevo negocio.

VIII) El pago de regalías, y quizá otros pagos relacionados con la franquicia, está sujeto a los resultados de la negociación, por lo que resultan para el franquiciatario un costo variable en su operación.

IX) En algunos Estados de la Unión Americana (Nueva York, Texas) se han dictado disposiciones que regulan el contrato de franquicia especialmente para el franquiciatario esté suficientemente informado del contenido y alcances de la franquicia. Se trata de normas protectoras al licenciario de las que existe una tendencia a que diversos Estados las expidan. ¹⁶

En el artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial(LFPPI) se establece que "quien conceda una franquicia deberá

15. Op. Cit., J. Guyenot, p. 29.

16. Op. Cit., D. Kaufmann, p. 32.

proporcionar a quien se le pretenda conceder, previamente a la celebración del convenio respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta ley” . Con esto, las leyes mexicanas buscan proteger a los posibles franquiciatarios de abusos de franquiciantes o de franquicias inexistentes.

CLASIFICACIÓN DE LA FRANQUICIA.

Hay dos clases o subcategorías del sistema de franquicias, cada una de las cuales tiene sus propias características y áreas de negocio donde se desarrolla.

a) Product and Trade Mark Franchising (franquicia de producto y marca).

Estas franquicias pueden llamarse de distribución.

b) Business Format Franchising (franquicia para crear y explotar una negociación).

Esta franquicia se conoce también como industrial o de producción.

Las características principales de estos dos sistemas de franquicia, y su importancia y desarrollo en la economía (básicamente de los Estados Unidos) son las siguientes:

“ La primera clase (franquicia de producto y marca) abarca una relación de ventas entre un proveedor y un distribuidor en la que el distribuidor (comerciante) adquiere cierta responsabilidad de su proveedor. Ejemplos de este tipo de franquicia son los distribuidores de automóviles y camiones, estaciones de gasolina y embotelladoras de

refrescos. La franquicia de productos y marca tienen la porción más grandes de ventas por franquicia (en Estados Unidos), aproximadamente el 70% o 450 billones de dólares durante 1988. Estas franquicias requieren una inversión de capital de millones de dólares por parte del franquiciatario”.

“La franquicia para la formación y la explotación de una negociación—también llamada *package franchising* ha alcanzado, literalmente, a millones de americanos. Algunas franquicias de formación y explotación de negociación requieren inversiones tan pequeñas como miles de dólares, y hay franquicias que pueden adquirirse con un capital de 100,000 dólares. La relación entre franquiciante y franquiciatario generalmente incluye un producto o servicio y una marca, un sistema de comercialización, manuales de operación, procedimientos, programas de entrenamiento, apoyo de publicidad y asistencia y guía del franquiciante durante la operación y desarrollo del negocio. Algunas franquicias de esta clase, con las que el público está más familiarizado, incluyen comida rápida, hamburguesas, restaurantes de pizzas, agencias de renta de automóviles y locales de helados. Este sistema tiene menos importancia en monto global de las ventas por franquicia, aproximadamente el 30% o 190 billones de dólares en 1988. Pero, como este segundo tipo representa una verdadera oportunidad de negocio para el franquiciatario, está creciendo mucho más rápido que el otro sistema”.

En relación a la exclusividad y el espacio geográfico en que el franquiciatario ejerce su privilegio sobre la franquicia concedida, existen varias clases de contratos.¹⁷

a) Franquicia unitaria en la que el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un solo establecimiento, usualmente en la localidad específica en un territorio designado.

17. Op. Cit., D. Kaufmann, pp. 27 y 28.

b) Area de desarrollo de franquicia (master franchise), donde el franquiciatario tiene el derecho exclusivo de abrir un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico.

c) Contrato de opción en el que el franquiciatario tiene el derecho de abrir y operar un establecimiento y, por una cuota adicional, puede abrir otro establecimiento más o varios establecimientos adicionales, en un plazo futuro señalado en la opción. Usualmente el precio o cuota de opción adicional, para el nuevo establecimiento es ventajoso por el franquiciatario.

d) Subfranquicia que se asemeja a la franquicia de área de desarrollo, excepto, que el franquiciatario-subfranquiciante otorga el derecho (y generalmente la obligación) de vender franquicias dentro del territorio exclusivo que se le ha concedido.

e) Conversión a franquicia se trata de un programa que tiene como objetivo el "convertir" o incluir dentro de un sistema de franquicia a establecimientos independientes que ya existen y están operando.

CAPITULO II

BASES JURÍDICAS DE LA FRANQUICIA

EL DERECHO MERCANTIL Y LA FRANQUICIA

"El Derecho Mercantil, como derecho desgajado de la rama común del Derecho Civil, nace en la Edad Media por consecuencia de especiales necesidades que exigieron un Derecho especial destinado originalmente al comercio. Las razones que impulsaron al nacimiento de este Derecho especial se agrupan en torno a la insuficiencia del Derecho Civil y a su inadaptación a exigencias técnicas que inicialmente fueron del comercio." Esta razón de origen fue dando al Derecho Mercantil particularidades propias que lo alejaron de los principios del Derecho Civil para convertirlo en una rama autónoma del Derecho Privado, que ha ido ampliando notablemente su campo de aplicación a medida que la actividad económica abarca materias más allá del comercio, como actividad de origen de esta rama jurídica. La fuente principal de la normatividad mercantil fue "la creación pragmática de hombres prácticos interesados en el comercio".

"El contrato de franquicia es una creación reciente del Derecho de los negocios y de la economía." ¹⁸ Pertenece la franquicia a las figuras jurídicas que en el siglo veinte han tenido su origen en los Estados Unidos de América y que, después de una evolución y conformación más o menos definitiva, han sido adaptadas en otros países que, muchas veces, cuentan con sistema jurídico diferente al del país de origen de dicha figura.

El foco creador del Derecho Mercantil íntimamente ligado a la actividad económica lo constituyen, hoy en día, a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos de América de donde se siente la influencia de multitud

¹⁸Op. Cit., J. Guyenot, p. 19.

de contratos atípicos de colaboración financiera, comercial y tecnológica, acuñados con la denominación anglosajona (leasing factoring, franchising, licensing, know-how, etcétera). Esto confirma que "el Derecho Mercantil que nació de las actividades de las asociaciones y ciudades marítimas, muy pronto se internacionalizó, llegó a ser un Derecho Mercantil común que penetró a todo el mundo comercial".

El contrato de franquicia contrato atípico en muchos países ha aparecido juntamente con otros negocios jurídicos atípicos debido, entre otros factores, a "el desplazamiento del centro de creación del Derecho Mercantil hacia los países anglosajones, donde existe una tipología distinta de figuras contractuales, con su peculiar nomenclatura que, junto con sus inversiones y operaciones económicas, ha invadido el mundo".

Algunas de estas figuras mercantiles han sido adaptadas y han enriquecido a nuestro derecho Mexicano en los últimos años. Cuatro ejemplos de estas novedosas instituciones, además del contrato de franquicia, pueden ilustrar este fenómeno. Las sociedades llamadas holding cuyo fin social principal es el ser propietaria de acciones o participaciones en otras sociedades, son una realidad en México. La Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR) las contempla bajo el nombre correcto de controladoras(art.57). El leasing, nacido en los Estados Unidos y adoptado por muchos países europeos, fue reconocido en 1974 por disposiciones fiscales, regulado desde 1982 como contrato y, actualmente es un contrato típico mercantil reglamentado por la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito(LOAAC, arts. 24 a 34) con el nombre de arrendamiento financiero. Este contrato, por disposición de la propia ley que lo disciplina sólo pueden celebrarlo habitualmente y con carácter profesional, las arrendadoras financieras, organizaciones auxiliares del crédito, con autorización para operar como tales.

Por reciente reforma a la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito(LOAAC)(Diario Oficial del 3 de enero de 1990) el factoraje quedó disciplinado como contrato típico que sólo pueden celebrar como " empresa (así) de factoraje financiero " una organización auxiliar del crédito con autorización (no concesión como antes de la citada reforma) para operar (arts. 45-A a 45-T). Llama la atención de esta reglamentación la utilización del vocablo factoraje con que ha sido bautizado.

La última de las figuras comentadas ha recibido la denominación de tiempo compartido ("time sharing") . La nueva Ley Federal de Protección al Consumidor(LPC)(Diario Oficial de diciembre de 1992) hace una efímera referencia al mismo(arts. 64, 65 y 73) y en el Diario Oficial del 22 de agosto de 1989 se publicó el "Reglamento del Servicio Turístico del Sistema de Tiempo Compartido" que acepta la denominación mencionada y define en forma general y acertada a esta figura contractual en su artículo 18. Los Estados Mexicanos de Guerrero y Quintana Roo han dictado leyes locales que regulan esta figura contractual.

En resumen, la conversión de una figura atípica en contrato o negocio típico dentro de un determinado ordenamiento jurídico, parece seguir la siguiente pauta. Primeramente se celebra cotidianamente por los particulares debido a las ventajas que ofrece para resolver las necesidades de una determinada situación derivada de la moderna actividad económica. Posteriormente, disposiciones administrativas y fiscales dan ingreso a la figura atípica dentro del ordenamiento jurídico al regular algunos aspectos de la actividad económica que resuelve la figura atípica. Por último, un ordenamiento de Derecho Privado recoge la problemática de la figura atípica y la incorpora como típica.

"Es éste dice Barrera Graff el carácter y la índole del Derecho Mercantil: ir a la zaga de la evolución económica, y recoger y regular constantemente, dentro de sus disposiciones legales, esas recientes necesidades y esos fenómenos que surgen." 19

El interés internacional en este contrato es manifiesto. Informa Díaz Bravo que "EL UNIDROIT prepara un anteproyecto de la convención internacional a cuyo efecto remitió un cuestionario a los Gobiernos de los países miembros y a otros organismos especializados para que informen sobre la forma y términos en que debe regularse la operación internacional de este negocio". 20

LA FRANQUICIA EN EL DERECHO MEXICANO

Con relación a las normas que directa o indirectamente han regulado al contrato de franquicia en el Derecho Mexicano, por lo que respecta a la transferencia de tecnología, considero que se puede hablar de cuatro momentos:

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

19. Jorge Barrera Graff, *Instituciones del Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1a., 1989, p. 29.

20. Arturo Díaz Bravo, *Contratos Mercantiles*, México, Harla, 2a. Edición, 1983, p. 165.

b) De la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas al Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas de noviembre de 1991. La Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas promulgada en el Diario Oficial del 30 de diciembre de 1971 obligaba a que los contratos de transferencia de tecnología, cuya descripción se contenía en el artículo 2o., se inscribiera en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología para ser válidos. Para que los contratos se inscribieran y tuvieran efectos jurídicos en México, era necesario que no incluyeran pactos que pudieran constituir "causa de negativa de inscripción"(artículos 15 y 16 de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas).

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

Esta Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y la Explotación de Patentes y Marcas y el Reglamento vigente hasta enero de 1990 contenían limitaciones contractuales que resultaban muy estrictas para los contratos de franquicia. Las principales limitaciones a los contratos de franquicia, que limitaba su contenido y, en ocasiones, hacían poca atractiva su celebración, eran las siguientes:

"Que la contraprestación no guarde relación con la tecnología adquirida o constituya un gravamen injustificado o excesivo para la economía nacional o para la

empresa adquirente"(artículo 16 fracción II de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas).

La intervención directa o indirecta en la administración del franquiciatario(artículo 15 fracción I de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas).

Que se obligue al franquiciatario a adquirir equipo o materias primas de un origen determinado (artículo 15 fracción IV de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas).

Se impedía que el franquiciatario desarrollara tecnología(artículo 15 fracción II de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas).

La prohibición o restricción a la explotación por parte del franquiciatario(artículo 15 fracción V de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas).

La obligación de guardar secreto por un plazo mayor al del contrato, máximo diez años(artículo 15 fracción XI de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas).

c) El Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas de enero de 1990. La promulgación del nuevo Reglamento de la misma Ley (LRTT)significó el

reconocimiento y definición del contrato de franquicia en el Derecho Mexicano y la liberación de la mayoría de las limitaciones contractuales que establecía la Ley sobre el Control y el Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas.

El artículo 23 del citado Reglamento definió a la franquicia como el acuerdo " en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmita conocimientos técnicos, proporcione asistencia técnica en los términos de los incisos a), f), g) y h), del artículo 2o. de la Ley, con el propósito de procurar 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 citado".

Con el Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas las restricciones a la libertad contractual de franquiciante y franquiciatario se liberaron en forma significativa, para hacer posible la celebración de contratos de franquicia. Los principios más importantes que contenían este reglamento son:

La facultad del Registro para determinar "de acuerdo a su criterio aquellas situaciones susceptibles de excepción atendiendo circunstancias de beneficio para el país"(artículo 53 del Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas).

No se aplican a la franquicia: la limitación de que el franquiciante tenga intervención en la administración del negocio del franquiciatario(artículo 34 fracción I, del Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y

el Uso y Explotación de patentes y Marcas); la de que el franquiciatario esté obligado a adquirir equipo o materias primas de un origen determinado(artículo 38 del reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas); ni la prohibición del franquiciatario de exportar(artículo 40 fracción II del mismo reglamento).

d) De la nueva Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial a la fecha. Con fecha 27 de junio de 1991, se promulgó la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial que en su artículo 2o. transitorio abrogó a la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su correspondiente Reglamento, con lo que la franquicia dejó de ser un acuerdo que se debía inscribir como especie del contrato de transferencia de tecnología que regulaba dicha Ley y Reglamento. Por tanto, ya no es obligatoria su inscripción en el Registro de Transferencia de Tecnología(que ya no existe) para que surta efectos en México.

Lo anterior significa para el contrato de franquicia el que las partes contratantes, en ejercicio de libertad de contratar y de la libertad contractual, puedan libremente determinar el contenido del contrato sin limitación legal, directa o indirecta, de ninguna índole, en lo que respecta a la transferencia de tecnología.

Con la regulación actual de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial el contrato de franquicia es una especie del contrato, la ley habla de convenio, de licencia de marca. En este contrato, además de la licencia de marca, debe existir por parte del concedente o franquiciante la obligación de proporcionar al franquiciatario conocimientos técnicos o asistencia técnica. Esta Ley establece un derecho del franquiciatario para pedir información del franquiciante antes de la celebración del contrato. Los detalles de esta obligación del franquiciante serán materia del Reglamento de la Ley.

NUEVAS LEYES EN MATERIA ECONOMICA

En la Legislación Mexicana han aparecido recientemente importantes disposiciones en materia económica que van a influir en el desarrollo de las franquicias y en la celebración de los contratos sobre esta materia. Estas disposiciones que ahora comento son: La Ley Federal de Protección al Consumidor(LPC), la Ley de Competencia Económica(LCE), el Tratado de Libre Comercio(TLC) y Ley de Inversiones Extranjeras(LIE).

La Ley Federal de Protección al Consumidor

En el Diario Oficial del 24 de diciembre de 1992 se publicó una nueva Ley Federal de Protección al Consumidor que abrogó la Ley anterior. Esta nueva Ley tiene por objeto "promover y proteger los derechos del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en la relaciones entre proveedores y consumidores"(artículo 1o LPC). Los franquiciantes y franquiciatarios, en términos del artículo 2o. fracción II de la Ley Federal de Protección al Consumidor, tienen el carácter de proveedores.

El proveedor se define en la Ley como "la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso y disfrute de bienes, productos y servicios". Los franquiciatarios, además, estarán sujetos a la ley en todo lo referente a las normas que regulan actividades propias de la operación de ciertas negociaciones mercantiles. Estas serían: lo referente a información y publicidad(artículos 32 a 45 LPC); a las promociones y ofertas(artículos 46 a 50

LPC) que realicen los franquiciantes y franquiciatarios en la venta de los productos y servicios materia del contrato; a los servicios(artículos 57 a 63 LPC); al tiempo compartido(artículos 64 y 65 LPC) o de operaciones con inmuebles(artículos 73 a 76 LPC), cuando la franquicia tenga estos objetos; y, en lo referente a los contratos de adhesión(artículos 85 a 90 LPC).

Esta ley, a diferencia de la ley anterior, busca el equilibrio en las relaciones entre proveedores y consumidores y es menos proteccionista de éstos últimos.

La Ley de Competencia Económica

Esta ley es reglamentaria del artículo 28 Constitucional y apareció promulgada en el Diario Oficial del 24 de diciembre de 1992. El objeto de la misma es "proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios." (artículo 2o. LCE). La aplicación de la ley se confía a un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento que es la Comisión Federal de Competencia Económica(artículo 23LCE).

Esta ley es aplicable a los contratos de franquicia, pues muchos de los contratos tiene por objeto la "producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios"(artículo 8o. LCE). Se considera por la ley que "la distribución exclusiva de bienes y servicios" puede ser una práctica monopólica relativa", si el franquiciatario llegara a tener un "poder substancial sobre el mercado relevante"(artículos 9-III, 10-I, 11 y 12 LCE). En estos casos, la Comisión Federal de Competencia Económica puede intervenir, si de algún modo se está en los supuestos de prácticas monopólicas.

Otro aspecto que regula esta ley y que puede llegar a afectar a ciertas franquicias es el que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial está autorizada para fijar los precios 'maximos que corresponden a ciertos bienes y servicios que determina el Ejecutivo Federal(artículo 7o. LCE). Esto sólo se aplicará a franquicias cuyo producto o servicio se encuentre dentro de los precios máxximos que fija el ejecutivo.

Sin embargo, a pesar de estas limitaciones normativas al desarrollo de las franquicias, la existencia de normas que protejan la libre concurrencia que resultará benéfico para la celebración de contratos de franquicia.

El Tratado de Libre Comercio

En el Diario Oficial del 20 de diciembre de 1993 apareció el Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte firmado y ratificado por los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá. Este tratado entró en vigor el 1o. de enero de 1994. Este acuerdo internacional tiene como objetivo eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las partes, promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio, aumentar oportunidades de inversión y establecer procedimientos eficaces para la solución de controversias(artículo 102 TLC).

El tratado significará para los contratos de franquicia una mayor facilidad para importación y exportación de los bienes y servicios materia de los mismos. También constituirá un marco jurídico apropiado para las franquicias en lo que se refiere a la liberación de aranceles y el flujo de maquinaria, equipos, materia prima, productos terminados y prestadores de servicios profesionales, es decir, de personal

que puede proporcionar el entrenamiento en el inicio de operación de las franquicias. Algunos de los sectores de la economía no tienen todavía una liberación arancelaria total, pero en un plazo corto o mediano se permitirá el comercio y la circulación de dichos bienes y servicios.

Ley de Inversiones Extranjeras

En el Diario Oficial del 27 de diciembre de 1993 apareció publicada la nueva Ley de Inversiones Extranjeras, que abroga la anterior ley. En esta nueva ley se establece como principio general el que "la inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital de sociedades mexicanas", salvo las excepciones que la propia ley señala (artículo 4o. LIE).

Con relación a la ley anterior se amplía en forma importante las áreas de actividad económica en la que puede haber inversión extranjera, mediante la limitación expresa de actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos (artículo 6o. LIE).

Por otra parte, se amplía el porcentaje de inversión extranjera en otras actividades económicas como el transporte, instituciones de crédito y financieras, armas de fuego y explosivos, periódicos, telefonía, pesca, navegación y ferrocarriles entre otros (artículo 7o. LIE).

Para que la inversión extranjera participe en un porcentaje superior al 49% en determinadas actividades, se requiere resolución de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras. Estas actividades son, entre otras: servicios portuarios, sociedades navieras, administración de terminales aéreas, servicios privados de educación, telefonía celular y construcción de ductos para petróleo (artículo 8o. LIE).

Las disposiciones de esta nueva ley significan para las franquicias y la celebración de los correspondientes contratos, la posibilidad de que el franquiciante extranjero pueda constituir sociedades mexicanas con 100% de inversión extranjera, que sean franquiciatarios con las que celebre contratos de franquicia. Es decir, el franquiciante tendrá subsidiarias filiales, algunas con el 100% de inversión extranjera, que serán los franquiciatarios. En este sentido, estas inversiones pudieran llegar a desplazar a la inversión mexicana. Sin embargo, la posibilidad de mayor inversión extranjera en muchas actividades económicas, es probable que tenga como efecto un mayor desarrollo de la franquicia en México.

DENOMINACIÓN Y CONCEPTO

El término de franquicia con que se denomina el contrato proviene de una traducción literal, quizá incorrecta, del vocablo inglés franchise. La palabra es de origen francés(franchisage).

En el Diccionario Jurídico inglés-español, franchise se traduce como: "franquicia, privilegio, patente, concesión social, derecho de votar, franquicia de voto, porcentaje mínimo de responsabilidad del asegurado; y, en materia aduanera o fiscal, impuesto de privilegio o patente sobre concesión, derecho de licencia". 21

En el Diccionario para juristas de Miguel Palomar define a la franquicia como: La exención y libertad concedida a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que extrae o conduce, o por el aprovechamiento de algún servicio público.²²

21. Ralph Folsom, *Negocios Internacionales*, EEUU, Publishing Co., 4a. Edición, 1992, p. 230.

22. Juan Palomar, *Diccionario para Juristas*, México, Mayo, 1a. Edición, 1981, p. 611.

En el idioma español la palabra franquicia tiene una connotación propia que no se ajusta a lo que pretende incluir el contrato que se conoce con ese nombre. En el Diccionario de la Lengua Española se define como: "Libertad y exención que se concede para no pagar derechos por mercancías importadas o exportadas o por el aprovechamiento de un servicio público".²³ La libertad y exención que se concede a alguna persona o pueblo para no pagar derechos en las mercaderías que introduce o extrae".

El término de franquicia es análogo, pertenece en el Derecho Mexicano al Derecho Aduanero y se aplica en el Derecho Mercantil al "contrato de franquicia". Parece que en España se usa ya la palabra franquicia para designar este negocio mercantil".

La franquicia se considera un contrato aunque la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial habla de "convenio" de licencia de uso de marca (artículo 136). El propio artículo 142, que se refiere a la franquicia menciona, además, "previamente a la celebración del convenio".

El término de franquicia puede tener diversas acepciones en lo relativo a esta figura:

a) Franquicia como el derecho a explotar un negocio, como privilegio o concesión.

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

23. Diccionario de la Real Academia Española, España, Gestió 2.000, 2a Edición, 1986, p. 425.

c) Franquicia como el contrato o convenio (en inglés franchise agreement), como ya lo califica la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial (artículo 142).

El Lic. Arce Gargollo comenta al respecto que; con relación a las partes que celebran el contrato éstas se denominan en inglés franchisor y franchisee, sin traducción literal aparente al español. No juzgo acertadas las de "franquiciador" y "franquiciado", utilizadas ocasionalmente en alguna literatura.

El Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, como el ordenamiento que por primera vez en México reglamentó a la franquicia, no le dio denominación especial alguna a las partes contratantes. De este modo se les podía designar como licenciante y licenciataria o concedente y concesionario, pues la franquicia era, para este Reglamento, una especie del contrato de transferencia de tecnología en la que había licencia de marca o de nombre comercial. La vigente Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial tampoco utiliza nombre alguno para las partes del contrato de franquicia. En base al artículo 142 de esta ley, antes de que el Reglamento correspondiente les asigne algún nombre, considero que podrían ser válidos los de concedente y concesionario, ello en razón de que el citado precepto legal dice que "quien conceda una franquicia".

En la doctrina, Guyenot utiliza los vocablos ingleses de franchisor y franchisee, o concedente y concesionario. Al contrato le llama de concesión y afirma que "en Estados Unidos de América, el término concesión es empleado a veces en lugar de la expresión franchising".²⁴ Cardelús utiliza los de franquiciante y franquiciado,²⁵ y, en nuestro medio Díaz Bravo,²⁶ Huerdo Lange y González Calvillo²⁷ usan los de franquiciante y franquiciatario.

24. Op. Cit. J. Guyenot, p. 28 y toda la obra.

25. Op. Cit. L. Cardelús, p. toda la obra.

26. Op. Cit. A. Díaz Bravo, p. toda la obra.

27. Op. Cit. E. González Calvillo, p. toda la obra.

Estos últimos términos los considero conformes a nuestra terminología tradicional en la regulación de los contratos. Para mí son válidos los de franquiciante y franquiciatario; con menos arraigo los de franquiciador y franquiciado, casi traducción literal de franchisor y franchisee.

Concepto

De acuerdo a que la franquicia se ha desarrollado principalmente en los Estados Unidos de América, una definición apropiada de este acto jurídico es la que proporciona el Black's Law Dictionary.

"Franchise. Un privilegio otorgado o vendido, como el que se da para utilizar un nombre o para vender productos o servicios. El derecho que concede un fabricante o un proveedor a un minorista para utilizar sus productos y su nombre en los términos y condiciones que mutuamente acuerden.

En su sentido más llano, una franquicia es una licencia del propietario de una marca o de un nombre comercial, mediante la cual permite que otro venda un producto o un servicio bajo ese nombre o marca.

En un sentido más amplio, la "franquicia" se ha convertido en un contrato elaborado al amparo del cual la persona a favor de quien se otorga(franchisee)se compromete a manejar un negocio o vender un producto o servicio con apego a los métodos y procedimientos que establezca el otorgante(franchisor), y el otorgante se compromete a dar asistencia a la persona a favor de quien se otorga la franquicia a través de publicidad, promoción y otros servicios de asesoría". 28

En la doctrina francesa, Guyenot define al franchising como "la concesión de una marca de productos o servicios, a la que se añade la concesión del conjunto de medios propios para permitir a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y administrar la empresa en las mejores condiciones de rentabilidad para el mismo y para el concesionario".²⁹

En la doctrina española, se define el contrato como:

"El contrato de franchising de origen norteamericano, es en cierto modo un contrato de concesión mercantil, ya que el distribuidor compra y revende. Aparece modalizado por la autorización que el concedente "franchisor" da al concesionario "franchisee" para utilizar su marca, generalmente una marca internacional, que lo integra en su red de comercialización junto a otros "franchisee" y les presta asistencia técnica en la organización de su establecimiento y en la actividad de "package", presentación del producto, promoción de ventas, publicidad y distribución".

Cardelús lo define como "un contrato mercantil atípico unilateral y sinalagmático, por el que una de las partes, franquiciante(franchisor), cede a la otra, franquiciado(franchisee), un producto, unos conocimientos técnicos para la explotación de aquél y un asesoramiento constante y, en contraprestación, percibe del franquiciado un precio inicial más un porcentaje sobre sus ventas, o sólo este último".³⁰

Díaz Bravo, en la doctrina mexicana, ha señalado las características del contrato. Dice este mercantilista que "parece claro que todo ello opera en la función de la explotación comercial, por parte del franquiciatario, de los bienes y servicios a los que se aplican las marcas y, en su caso, de la negación que ha de operar con el nombre

29. Op. Cit., J. Guyenot, p. 19.

30. Op. Cit., L. Cardelús, p. 26.

comercial del franquiciante, todo ello mediante el empleo de métodos operativos, comerciales y administrativos fijados por este último". 31

El artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial no da propiamente una definición, pero determina claramente las características del contrato de franquicia. Dice este precepto:

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

El Lic. Javier Arce Gargollo propone como definición para este tipo de contrato la siguiente:

"El contrato de franquicia es aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o servicios, 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".

31. Op. Cit., A. Díaz Bravo, p. 161.

Características

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

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

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

d) El franquiciatario se obliga a cumplir con el control de calidad del servicio y productos en los términos y especificaciones que señala el franquiciante. La Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial liga el uso de la marca a la necesidad de que el franquiciatario pueda "mantener la calidad y prestigio de los productos y servicios".

e) La transmisión de conocimientos o tecnología, de la que gran parte pertenece al Know-how, la hace el franquiciante mediante normas, manuales, guías, capacitación al personal e inspecciones periódicas.

El artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial incluye como elemento esencial del contrato de franquicia que el franquiciante " transmita conocimientos técnicos o proporciona asistencia técnica "al franquiciatario, " con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del franquiciante".

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

g) Se trata de un contrato a largo plazo.

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

i) La franquicia es un modo de organización para la explotación de cierta clase de negocios por medio de este instrumento del tráfico mercantil. 32

FIGURAS AFINES.

El contrato de franquicia se asemeja a la concesión administrativa y al contrato de concesión mercantil o de distribución. estas figuras tienen como elemento común la existencia del privilegio o concesión. Esta palabra viene del latín *concessio*,

que significa "acción de conceder".

a) La concesión administrativa "es un acto por el que la Administración Pública federal confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del estado o los privilegios exclusivos que comprende la propiedad industrial".

La franquicia se distingue de la concesión en que ésta la otorga el Estado para explotar un servicio público o bienes del propio Estado. La franquicia se otorga contractualmente por un particular a otro particular y es, básicamente, para la explotación de una empresa o negociación que involucra el uso de marca(s) y la transferencia de tecnología (conocimientos técnicos, asistencia técnica).

La concesión como acto administrativo puede darla por terminado el Estado unilateralmente, no así la franquicia que es un contrato. En las dos figuras encontramos como semejanzas el privilegio que se otorga al concesionario o al franquiciatario y el derecho para exportar cierta actividad bajo el control del franquiciante.

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

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

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

Sin embargo, en aquellos contratos de distribución en que el concesionario utiliza la marca o el nombre comercial que ampara el producto, o el establecimiento del concedente, y que de algún modo se le transmite cierta tecnología para la distribución y venta de los productos, se ésta en presencia de un contrato de franquicia de "productos y marcas".

Clasificación del Contrato

El contrato de franquicia resulta ser:

a) **mecantil**: pues se celebra entre comerciantes para explotar una empresa o para distribuir y revender productos (artículo 75 fracciones I, II, V a VIII del Código de Comercio).

b) **bilateral**: porque produce obligaciones para las dos partes contratantes (artículo 1836 del Código de Civil).

c) **oneroso**: en la mayoría de los casos se pacta una contraprestación, hay derechos y gr

avámenes recíprocos (artículo 1837 del Código Civil).

d) **de colaboración**: conforme a una clasificación de los contratos mercantiles, "en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra".

e) **intuitu personae**: pues se celebra en base a las características personales de las partes; sobre la base de confianza.

f) **formal**: en cuanto que requiere celebrarse por escrito e inscribirse en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para producir efectos en perjuicio de

terceros(artículo 136 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial).

Entre las partes es consensual. 33

g) es de largo plazo o de tracto sucesivo: sus prestaciones se cumplen en el tiempo.

h) generalmente la adhesión, pues "una de las partes(franquiciante) elabora unilateralmente el contrato y a la otra sólo se le deja la posibilidad de aceptarlas, si quiere celebrar el contrato o no celebrar éste". 34

i) atípico: porque no está regulado en la legislación mexicana en cuanto a la relación de Derecho Privado entre las partes contratantes. La regulación de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial es de carácter administrativo y registral.

ELEMENTOS Y OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Elementos Personales

Son apropiados los términos; de franquiciante y franquiciatario o los de concedente y concesionario; los de licenciante y licenciario son válidos también, pues la franquicia es una licencia de uso de marca.

El franquiciante y el franquiciatario son, generalmente, comerciantes. Esta característica puede derivar de que estén constituidos bajo alguna de las formas de

33. Op. Cit., A Díaz Bravo, pp. 154 y 166.

34. Ramón Sánchez Medel, De los Contratos Civiles, México, Porrúa, 3a Edición, 1976, p. 18.

sociedad mercantil que previene la Ley General de Sociedades Mercantiles(LSM); de que sean personas físicas que se dediquen habitualmente a los actos previstos como comerciales(artículo 75 del Código de Comercio); o que la celebración de la franquicia los convierta en comerciantes, pues el objeto del contrato es la licencia de uso de marca y la transferencia de tecnología para explotar una empresa de productos o servicios o crear distribuidores para la reventa de productos. En algunas ocasiones será usual encontrar que el franquiciante es una persona(física o moral) extranjera y en ese caso debe determinarse cómo actúa en México, de dónde proviene la tecnología, cómo se pagan las regalías(aspecto fiscal; o, si tiene inversiones en México el apego de ellas a la Ley de Inversiones Extranjeras.

La capacidad que requieren las partes para celebrar el contrato es la capacidad general para contratar, pues no se requiere capacidad especial alguna.

Cuando las partes franquiciante y franquiciatario actúan por medio de representante, lo cual resulta necesario para las personas morales(representación orgánica), las facultades que requiere el representante son, en principio, las de actos de administración conforme a la clasificación general para actos de carácter patrimonial(dominio, administración, pleitos y cobranzas)que previene el artículo 2554 del Código de Comercio. Los órganos sociales tienen, por su nombramiento, facultades para realizar el fin social, esto incluye las de administración, propias para celebrar la franquicia. En una sociedad anónima, como la sociedad preponderante y la que contiene en la legislación mexicana la normativa más desarrollada, pueden celebrar el contrato de franquicia el consejo de administración(como acto de un cuerpo colegiado), el administrador único, el gerente(o director) general y los apoderados generales para los actos de administración. Es posible en una sociedad que por estatutos se limite la facultad de celebrar u otorgar franquicias a determinado órgano social. Por ejemplo, como facultad exclusiva de la asamblea extraordinaria de

accionistas; de la asamblea ordinaria; del consejo de administración; o de un comité directivo creado para dicho efecto.

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

Elementos Reales

a) La marca "es el signo visible que distingue productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado" (artículo 88 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial).

En la definición de contrato de franquicia se destaca como elemento esencial del mismo, que lo distingue de otros afines, "la licencia de uso de marca para producir o vender bienes o prestar servicios de una manera uniforme" (artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial).

La Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial regula a las marcas como signos distintivos de productos o servicios(artículo 88), que dan derecho al titular a un uso exclusivo. La marca debe usarse a efecto de que no se extinga, es decir, debe tener un uso(artículo 115-II) que hace el titular, por sí mismo o por medio de "usuarios autorizados" (artículo 141 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial).

Las marcas se clasifican en marcas de artículos o productos y marcas de servicios, y aquéllas y éstas a su vez se clasifican en clases, que atienden al producto o servicio que protegen(artículo 93).

El contrato de franquicia deberá incluir las marcas de productos y servicios que serán materia de autorización por parte del licenciante, con la especificación del número de registro de la marca, el signo distintivo que constituye la marca y los productos o servicios que ampara. Es usual que en un anexo de contrato se incluyan estos elementos: "identificación genérica, número de registro, dibujos de las marcas con sus especiales diseños". Nada impide incluir marcas no registradas, que técnicamente no son marcas, pero que pueden estar en proceso de registro.

b) Las patentes son el "privilegio que otorga el Estado para explotar una invención nueva, susceptible de aplicación industrial". La ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial contiene una amplia regulación de las patentes aunque no da una definición de la misma, si establece que el derecho de explotación exclusivo puede hacerlo su titular por si o por otros con su permiso(artículo 62 y 63 de la LFPPI). 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 del negocio 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.

Cuando el contrato de franquicia incluye la autorización de explotación de una o varias patentes, las patentes deben identificarse en el contrato con su número, fecha de expiración y el o los inventos, procesos o productos que ampara. Generalmente esta descripción se agrega a un anexo.

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

La tecnología debe estar referida a la explotación de una empresa o negocio mercantil concreta. "Desde un punto de vista económico, la empresa es una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado". Jurídicamente, es el "conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro". Los elementos que conforman la empresa son unos incorporeales y otros corporales. Entre los primeros se encuentra la llamada genéricamente "propiedad industrial", que comprende el nombre comercial, la muestra, las marcas, las patentes y los avisos comerciales.

Aunque el concepto de tecnología es amplio y "los contratos de transferencia de tecnología se refieren a múltiples objetos y asumen diferentes formas"; se enumeran algunos de los supuestos que la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial considera para el contrato de franquicia. La transferencia de esta tecnología tiene como finalidad el que el franquiciatario "pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue" (artículo 142). 35

El artículo 2o. de la abrogada Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas señalaba

35. Op. Cit. J. Arce Gargollo, pp. 38 y 39.

como supuestos de transferencia de tecnología, entre otros:

I) La licencia del uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales;

II) La transmisión de conocimientos técnicos que pueden ser: mediante planos, diagramas, modelos, instructivos, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal y otras modalidades;

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

d) El nombre comercial. El aviso o anuncio deben tener señalada originalidad que distinga fácilmente(a aquellos bienes o servicios)de otros de sus especies".³⁶ En el Derecho Mexicano el nombre comercial es el nombre de un establecimiento o de una negociación mercantil, no es el nombre de un comerciante, el nombre de una cosa, no de una persona".

En la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial se dice que: "El nombre comercial de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios y el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos, sin necesidad de registro"(artículo 105). Puede existir licencia de uso de nombre comercial(artículo 112).

³⁶ Op. Cit., J. Barrera Graff, p. 123.

El aviso comercial es el derecho exclusivo a usar "frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones industriales, comerciales o de servicios, e impedir que otras personas hagan uso de los nùsmos para distinguirlas fácilmente de las de su especie"(artículo 100 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial). En el contrato de franquicia el nombre comercial va generalmente ligado al uso de las marcas y complementa a éstas.

Elemento esencial del contrato de franquicia que señala la definición de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial es que el franquiciante "transmita el concepto que se conoce, generalmente, como know-how, abreviatura de 'know how to do it'(saber como hacerlo), comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños que no están patentados o no son patentables, que se evidencian a través de alguna forma física como dibujos, especificaciones o diseños que incluyen casi invariablemente secretos comerciales y que pueden comprender experiencia técnica acumulada y habilidad práctica y que, como mejor se comunican, o quizá en la única forma que pueden transmitirse es a través de servicios personales". El concepto incluye también la destreza, pericia, y habilidad desarrolladas en el uso de la tecnología. El know-how es más descriptivo y detallista que la patente".

El know-how aparecerá siempre como materia del contrato de franquicia, aunque su alcance y definición específica sea muy vago. Inclusive una buena parte de experiencia generalmente secreta, puede variar durante la vigencia del contrato, el franquiciante hará saber al franquiciatario los cambios y actualidad de los conocimientos desarrollados para el mejor modo de explotar un negocio. Un concepto tan amplio como el know-how, así como la variedad de medios para su transmisión, debe especificarse en términos generales en el contrato y remitir los detalles a

manuales, instructivos, diseños y otra clase de información. La asistencia técnica "es un bien de naturaleza intangible".³⁷

La asistencia técnica es "un flujo continuo de instrucciones, directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeridos para la conducción u operación de un proceso determinado". Este concepto puede confundirse o abarcar algunos conocimientos técnicos del know-how, pero tiene como característica el que generalmente se preste en forma personal por técnicos o personal del franquiciante; por expertos o consultores. Supone para el franquiciante "una obligación de hacer", que debe cumplirse durante la vigencia del contrato; es decir, es de tracto sucesivo. "Las visitas del franquiciante al establecimiento del franquiciatario ayudan a iniciar la operación y también a asistir en la solución de los problemas de producción".

F) La asesoría, consultoría y supervisión es complemento natural de la transferencia de conocimientos técnicos y, en ocasiones, este supuesto está ya comprendido en algunos de los anteriores como el know-how o la asistencia técnica. Como elemento real del contrato de franquicia se pacta como una obligación general del franquiciante que completa al resto de los otros deberes contractuales. Posiblemente no requiere detallarse en los contratos cuál es el contenido específico de las materias u objetos de la asesoría, consultoría y supervisión (este último como medio de transmisión de tecnología, no como derecho del franquiciante).

g) La contraprestación que debe pagar el franquiciatario si el contrato es oneroso, como en la mayoría de los casos, puede ser en dinero o en especie. En dinero, la contraprestación puede ser en moneda nacional o en moneda extranjera, pues nada impide que las operaciones mercantiles se celebren en esta última. Si se pacta el pago en moneda extranjera, es recomendable fijar en el contrato el tipo de cambio al que habrá de efectuarse el pago, el momento en que éste debe considerarse, que

37. Op. Cit., L. Cardelús, p. 59.

usualmente será el momento del pago y, en algunas ocasiones la forma de pago: giro bancario, transferencia directa, depósito en alguna cuenta extranjera y la retención de impuestos que realiza el franquiciatario (impuestos algunas veces acreditables en el país del franquiciante).

Si el pago es en especie, debe determinarse en el contrato cómo va a valorarse el bien o bienes materia de la contraprestación. Por la naturaleza del contrato de franquicia estimo que la especie puede ser una parte de los productos fabricados o manufacturados que son materia de la franquicia, o acciones (ordinarias o de voto limitado) de la sociedad franquiciataria, siempre que este pago cumpla con los límites de participación extranjera, si el franquiciante es extranjero que marca la Ley de Inversiones Extranjeras.

El pago de la contraprestación puede ser:

I) Un solo pago (lump-sum) a la celebración del contrato o en un plazo que en el mismo se establece, que resulta como pago de precio por la venta de la franquicia, entendida como privilegio, como derecho a explotar la negociación mercantil.

II) Como pago de regalías (royalties) o pagos periódicos relacionados con los resultados de la explotación de la negociación. El Black's Law Dictionary las define, entre otras de sus acepciones, como "compensación por el uso de un bien generalmente registrado, de cosas o recursos naturales, que se expresa como un porcentaje de los beneficios obtenidos por el uso del bien o como una cantidad por

unidad producida." 38 "Las bases de las regalías deben ser claramente descritas. Un criterio frecuente es el de 'ventas netas', lo cual automáticamente compensa la inflación". En el contrato resulta indispensable determinar la base y aclarar qué debe entenderse por la misma, por ejemplo, ventas netas incluye ventas brutas menos empaque, fletes, impuestos, devoluciones, bonificaciones, etc. El monto de las regalías se fija libremente por las partes, y muchas veces en determinados productos el mercado tiene algunos usos que las partes contratantes deben tomar en cuenta. El porcentaje de la regalía puede variar durante la vigencia del contrato, y aun desglosarse por diversos conceptos como porcentaje de ventas netas por el uso de la(s) marca(s) y por el uso de nombre comercial. El porcentaje sobre ventas por el uso de determinados bienes que se dan en arrendamiento, es precio de un contrato distinto al de franquicia. Existe la posibilidad de que el contrato establezca que el franquiciante percibe una retribución fija anual.

III) En general, la contraprestación suele ser una combinación de un pago inicial y de regalías, y éstas a su vez pueden ser en dinero, en especie, en moneda nacional o extranjera y sobre distintas bases, todas relacionadas directa o indirectamente con los resultados de la negociación materia de la franquicia.

Aunque es usual que los contratos de franquicia, como contratos mercantiles, incluyan la obligación del franquiciatario de pagar una contraprestación, nada obsta para que el contrato de franquicia sea gratuito, pues la contraprestación no es elemento esencial.

h) La exclusividad es un elemento real de este contrato. 39 "En su aspecto negativo representa una limitación a la libertad contractual, al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una clase determinada de contratos con persona distinta al franquiciatario, o a éste la de no concluirlos con otro que no sea el franquiciante".

38. Op. Cit., H. Steven, p. 231.

39. Op. Cit., A. Díaz Bravo, p. 25.

Los elementos de validez de la exclusiva son el plazo y el territorio o espacio físico en el que se desenvuelve su eficacia. En el contrato de franquicia el espacio geográfico puede delimitarse mediante un territorio en donde el franquiciatario podrá explotar la franquicia por medio de diversos establecimientos master franchise (área de desarrollo de franquicia, con posibles subfranquicias); o para un establecimiento o negociación mercantil concreto y determinado, en la que el licenciante autoriza la localización (franquicia unitaria). Es importante señalar las implicaciones legales que puede significar la exclusiva en términos de la Ley de Competencia Económica (artículos 9-I y 10-I).

La Subfranquicia

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

El contrato de subfranquicia se produce en aquellos contratos de franquicia en los que el territorio o espacio geográfico concedido es del tipo de "área de desarrollo de franquicia", master franchise para que el franquiciatario, dentro del área autorizada pueda conceder subfranquicias. Por la similitud que la franquicia tiene con el contrato de concesión mercantil o de distribución, es importante realizar el siguiente comentario

"El subcontrato de subdistribución surge pues, como una consecuencia natural de la esencia misma del contrato básico y es frequentísimo en la práctica, por

las posibilidades que brinda para la apertura de nuevos mercados al producto o mercancías que trata de inducir. Y, es evidente que las mismas notas de exclusividad, limitación territorial y actuación en nombre propio, han de darse en el subcontrato de distribución que surge y se deriva de uno anterior de su misma naturaleza".

Por lo tanto, elementos propios de esta figura de subfranquicia, será:

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

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

III) Autorización general de franquiciante original para que el franquiciatario(subconcedente)subcontrate(franquicia de desarrollo de área); o autorización expresa y concreta para cada caso de subcontratación.

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

Elementos Formales

En uno de los sentidos técnicos, la forma "hace referencia a un medio concreto determinado, que la ley o la voluntad de los particulares imponen para exteriorizar la voluntad contractual".

El contrato de franquicia, como contrato atípico no regulado por la legislación mexicana, en principio, no tiene una forma impuesta por la ley. Sin embargo, como un contenido esencial de la franquicia es la autorización o licencia del uso de una o varias marcas, (artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial) o nombres comerciales, este acto jurídico sí requiere, para su validez frente a terceros, el que se otorgue por escrito y que se inscriba en ciertos registros.

El artículo 136 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial dispone que el titular de una marca registrada podrá conceder mediante convenios, licencia de uso a una o más personas.

Este contrato debe inscribirse en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para que produzca efectos en perjuicio de terceros (artículo 136 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial). El medio para inscribir un contrato es que se otorgue por escrito.

También en España el franchising era objeto de registro según normas administrativas que obligaba a registrar contratos de transferencia de tecnología, so pena de nulidad. Estas disposiciones fueron abrogadas en diciembre de 1987. 40

Obligaciones y Derechos del franquiciante

Las obligaciones que nacen del contrato de franquicia para el franquiciante pueden ser muy variadas y distintas en cada contrato particular por la materia de la concesión involucrada. Si el franquiciante concede el uso de la marca y el nombre comercial para un negocio de naturaleza comercial, en el que el franquiciatario se limitará a distribuir o comercializar productos que fabrica o distribuye el franquiciante, las obligaciones del franquiciante podrán involucrar las propias de un suministrador, o de un proveedor o empresa en un contrato de distribución. Si el franquiciante concede la franquicia para un producto que debe fabricarse, ensamblarse, prepararse por el franquiciatario, sus obligaciones incluirán la provisión de tecnología, especialmente know-how y asesoría sobre proveedores, técnicas de fabricación y otras. En la franquicia relativa a servicios, el franquiciante deberá proporcionar tecnología propia para la prestación del servicio y quizá hacer un énfasis especial en la capacitación del personal del franquiciatario y en una supervisión más estricta.

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

a) Conceder la licencia de uso de marcas. La licencia de uso de la marca es una de las obligaciones esenciales de este contrato. Esta obligación tan importante es la que va a distinguir un contrato de suministro, de distribución o de simple transferencia de tecnología, de uno de franquicia, aun cuando en este último aparezcan obligaciones propias de esos otros contratos. "El franquiciante, impone al franquiciatario el uso de su nombre y marca comercial, de modo que exactamente parece que sea un negocio del mismo".

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

c) Concesión para la explotación de patentes. Cuando el tipo de producto o servicio, o ambos, materia de la franquicia, requieren para la explotación por un tercero de la autorización de uso de una o varias patentes, el contrato de franquicia debe incluir como obligación del franquiciante la autorización de explotación de dichas patentes. Para cumplir con esta obligación, el concedente debe especificar las patentes registradas materia del contrato, los productos o procedimientos que ampara y proveer de la tecnología y transmisión de conocimientos al franquiciatario para una eficaz explotación de las mismas.

d) Proveer la tecnología. Esta obligación es amplia para el franquiciante y debe estar referida a los conocimientos técnicos que se transmiten, para una eficaz explotación de la negociación mercantil que es objeto de la franquicia. Esta obligación tan compleja, amplia y general es necesario detallarla en el contrato o en manuales o anexos del mismo contrato que va a desarrollar su cumplimiento por parte del franquiciante. Los medios o procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología pueden ser muy variados y, esta obligación, puede cambiar durante la vigencia del contrato respecto a diversa tecnología que el franquiciatario requiere en etapas distintas del negocio. Este es una obligación de hacer y de tracto sucesivo. Como ejemplo de algunas obligaciones específicas que puedan desarrollarse en el contrato, se mencionan las siguientes:

1) Proporcionar información oral y escrita sobre el lugar geográfico conveniente para la instalación del establecimiento o lugares concretos donde se va a

explotar la franquicia. Esta obligación suele incluir la aprobación de los diseños, decoración, equipo, instalaciones, estándares, distribución de planta, especificaciones, normas, mobiliario, signos distintivos, publicidad externa, etc.

II) Enviar manuales, guías, procedimientos de operación de la negociación; e información completa que permita la óptima explotación del negocio. "Esta documentación contenida en el manual operativo no es estática, sino que ha de ser dinámica y constantemente actualizada y puesta al día por el franquiciante".

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

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

e) Determinar estándares de calidad. Esta obligación del franquiciante es también complemento de su derecho a inspeccionar y supervisar periódicamente al franquiciatario. El franquiciante debe buscar, en todo momento, la "uniformidad del

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

"En el franchising es básico para conseguir la homogeneidad del producto que el franquiciante tenga la facultad de controlar el proceso de calidad del producto o servicio para no desprestigiarse ante sus clientes". 41

f) Otras obligaciones:

I) Si la franquicia está referida a un negocio de naturaleza comercial en la que el franquiciatario requiere del producto fabricado o suministrado por el concedente para la explotación del negocio, éste tendrá las obligaciones propias de un suministrador para entregar periódicamente el producto en el volumen, cantidades, plazos y establecimientos pactados. Los gastos de entrega son por cuenta del franquiciatario, en principio, aunque pueden estar incluidos en el precio.

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

III) En algunos casos, realizar la publicidad necesaria para la venta o

41. Op. Cit., L. Cardelús, pp. 62-64, 66, 72.

conocimiento del producto o servicio materia de la franquicia. En estos gastos de publicidad puede obligarse al franquiciatario a colaborar con la aportación de un porcentaje de sus ventas por ese concepto.

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

V) En algunos contratos el franquiciante se obliga a financiar al franquiciatario o por lo menos, a auxiliarlos en la obtención del financiamiento para el desarrollo de la franquicia.

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

Este derecho no es irrestricto y, algunas veces, es conveniente detallar su ejercicio contractualmente. Tiene como límite natural el que se ejerce por el franquiciante con el fin de determinar el cumplimiento del contrato de franquicia, la correcta aplicación de la tecnología transmitida, la uniformidad y calidad del servicio y producto objeto de la franquicia. Por tanto, este derecho no debe entorpecer ni afectar la operación normal de la negociación. Al ejercitar el derecho, el franquiciante pretende una más eficaz y rentable explotación de la negociación. Este derecho se ejerce "colaborando", pues la franquicia es contrato de colaboración.

Nada impide, sin embargo, que este derecho del franquiciante sea delegado en su cumplimiento en personas autorizadas por el propio franquiciante, como técnicos o especialistas en determinada área de operación de la negociación. Por ejemplo, en materia de instalaciones puede enviar expertos en ingeniería, diseño, arquitectura; en contabilidad una firma autorizada que practique auditoría, expertos fiscales, etc. 42

Obligaciones del franquiciatario

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

"El uso autorizado de una marca se equiparará al efectuado por el titular de la misma para todos aquellos efectos que haya lugar. (artículo 141 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial).

42. Op. Cit., D. Kaufmann, pp. 63, 64 y 65.

El usuario registrado podrá tomar las medidas legales tendientes a impedir la falsificación, imitación o uso ilegal de la marca"(artículo 140 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial).

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

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

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

d) Cumplir los requerimientos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos. El uso de la tecnología y su aplicación en la explotación de la negociación

con todo lo que ello implica, debe hacerlo el franquiciatario de acuerdo a las reglas, normas, estándares que le fija el franquiciante. Los detalles del cumplimiento de esta obligación deben concretarse en cada contrato. Incluye la de obligarse a cumplir las instrucciones que puedan variar durante la vigencia del contrato.

e) Seguir todas las especificaciones sobre organización del negocio. Esta obligación es muy amplia, pues supone que durante la operación de la negociación deberá ajustar su actuación, en diferentes áreas de administración y organización, a lo que fije el franquiciante. Puede incluir:

Seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación.

Preparar y seguir los sistemas de contabilidad y los reportes financieros en la forma que señale el franquiciante.

Contratar determinada clase de personal y someterlo a entrenamiento.

Mantener un mínimo de horas diarias de servicio a clientes.

Reacondicionar y renovar periódicamente el local y mantenerlo en determinadas condiciones (de higiene, por ejemplo).

Adquirir del franquiciante o de determinados proveedores cierta materia prima, equipo, partes, productos, servicios. "Parece que aquellas cláusulas de exclusiva

de compra son admisibles en todo momento". En este punto hay que considerar las disposiciones de la Ley de Competencia Económica (artículos 9-I y 10-I).

Vender a los precios y condiciones que le señala el franquiciante. "En los contratos de franchising caracterizados por una casi total identificación de todos los franquiciados con la empresa madre del franquiciante la identidad de los precios asume una necesidad fundamental para la reputación de la red". La imposición de precios, cuando atenta contra la libre competencia, puede ser práctica monopólica relativa (artículo 9-II de la Ley de Competencia Económica).

f) Pagar la contraprestación. Una de las más importantes obligaciones del franquiciatario es pagar la contraprestación pactada. Esta contraprestación puede ser:

I) El pago inicial de una cantidad fija, no por producto alguno, servicio o tecnología, sino simplemente por el privilegio de obtener la franquicia y ser franquiciatario.

II) El pago periódico de regalías como contraprestación por la continua asistencia y tecnología que proporciona el franquiciante para que la negociación mercantil siga operando. Esta regalía es contraprestación también por el uso de las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes. En el contrato se puede determinar qué porcentaje sobre la base de regalías corresponde a cada uno de estos conceptos, o fijarse una tasa o porcentaje global.

g) En algunos casos, el franquiciado estará obligado a "adquirir un nivel de stock del producto o servicio en todas las modalidades del franchising, a fin de que la clientela pueda obtener aquel producto sin problemas de espera o demora". 43

43. Op. Cit., L. Cardús, pp. 88-89, 103 y 112.

h) Informar periódicamente. El franquiciatario debe informar al franquiciante el desarrollo de la negociación mercantil. Esto tiene múltiples objetos; por ejemplo, para determinar las regalías periódicas sobre los resultados obtenidos, para verificar el cumplimiento de todas las normas, la uniformidad de los productos y servicios prestados, la necesidad de que el franquiciante preste mayor asistencia o señale directrices de cómo se aplica la tecnología y muchos otros.

Este informe es básicamente económico, sobre los resultados de la negociación: ventas, costos, utilidades, productos vendidos(en unidades), etc. Generalmente se hace en formatos que proporciona el franquiciante. Esta obligación suele incluir la de enviar anualmente estados financieros de la negociación auditados por una firma determinada que señala el mismo franquiciante.

Aunque no es parte de la obligación informar, sino de la organización financiera del negocio, en el contrato se pueden señalar ciertos estándares financieros que debe cumplir el franquiciatario, como las proporciones de activo circulante respecto al pasivo a corto plazo, el pasivo total respecto al capital contable y otras razones financieras.

i) Guardar secreto. El franquiciatario está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología o la operación misma de la negociación, o la propia franquicia. Esto implica no comunicar o usar, en beneficio que no sea propio, la tecnología, conocimientos, know-how y cualquier clase de información recibida del franquiciante.

El artículo 84 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial establece que en contratos donde se transmitan conocimientos técnicos se podrá incluir

la cláusula de confidencialidad. Se entiende por secreto industrial "toda información de aplicación industrial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los métodos o sistemas suficientes para preservar su confiabilidad y acceso restringido a la misma".(artículo 82 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial).

j) No vender o explotar otros productos o servicios. El franquiciatario es, en un principio, un usuario exclusivo de la tecnología y solamente puede utilizarla para explotar un negocio en los términos en que se contrató la franquicia. La obligación es la de fabricar, vender u ofrecer los productos y servicios que son materia del contrato, con prohibición de vender u ofrecer productos distintos. El incumplimiento de esta obligación puede afectar a la organización del franquiciante, pues viola el principio de uniformidad de producto y servicio que ofrecen todos los franquiciatarios.

k) No ceder, traspasar o sublicenciar. Como el contrato de franquicia es intuitu personae, el franquiciatario no puede ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia sin autorización expresa del franquiciante.

l) Cooperar en la publicidad. En algunos productos o servicios la publicidad que realiza el franquiciante beneficia a todos los franquiciatarios, de modo que algunas veces se impone a éstos la obligación de contribuir a los gastos de publicidad. Esta cooperación puede ser para una publicidad en medios masivos (radio, televisión) y el fondo lo administra el franquiciante; o publicidad local que directamente corresponde a los concesionarios de determinado territorio. También puede obligarse al franquiciatario a gastar o invertir un monto determinado de sus ventas o utilidades en publicidad propia.

m) Aceptar inspecciones. Obligación correlativa del derecho a inspeccionar y supervisar que tiene el franquiciante, ésta la obligación del franquiciatario de aceptar y colaborar en las inspecciones, visitas, supervisiones, auditorías, etc. que hace el franquiciante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de las directrices, normas e instrucciones.

n) Inscribir el contrato. Eventualmente, cuando el contrato sea objeto de inscripción, hacer todos los trámites necesarios a fin de que el contrato quede registrado donde corresponda y tenga plena validez en el país en que se aplica.

o) A la terminación. Cuando termina el contrato, el franquiciatario tiene obligación de discontinuar el uso de la franquicia que supone dejar de usar las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes, así como de toda la tecnología proporcionada por el franquiciante. Debe dejar de operar la negociación mercantil y dejar de hacer negocios bajo el nombre del franquiciante o de cualquier manera que pueda causar confusión al público y a los consumidores que crean que sigue existiendo la relación de la franquicia. Esta obligación puede tener problemas en su cumplimiento y en las sanciones correspondientes al franquiciatario incumplido, especialmente cuando el contrato concluye antes del plazo señalado por causas de terminación provocadas por el franquiciatario.

La Cesión de la Franquicia

El tema de la transferencia o cesión de la franquicia por parte del cesionario, afecta en forma importante al franquiciante, pues éste "tiene interés legítimo en mantener la integridad de sus marcas y tener el mismo nivel de calidad que la compañía requiere".

Algunas disposiciones de diversos Estados de la Unión Americana prohíben la transferencia del franquiciatario cuando el franquiciante no está involucrado en la transacción. En el Estado de Arkansas, por ejemplo, se requiere de ciertos procedimientos del franquiciatario y del franquiciante para que opere una cesión o transferencia de la franquicia. Las disposiciones de este Estado establecen, entre otras reglas: que el franquiciatario notifique por escrito al franquiciante de su intención de transmitir; el nombre, domicilio y situación financiera, así como experiencia en el negocio, del posible adquirente, durante los últimos cinco años; después de este aviso, el franquiciante tiene sesenta días para aceptar por escrito la cesión o considerarla inaceptable, explicando algunas razones; si el franquiciante no responde en sesenta días, se considera concedida la autorización al franquiciatario; éste debe aceptar por escrito cumplir con todos los requerimientos de la franquicia que impone el franquiciante.

La transferencia de la franquicia puede tener como modalidad el que el franquiciante tenga preferencia para adquirir dicha franquicia, o para señalar un adquirente de la misma que, a su juicio, tenga capacidad para ser franquiciatario, y que podrá ser otro de sus franquiciatarios de su sistema de franquicias. Es probable que sus franquiciatarios tengan un derecho de opción para adquirir nuevas franquicias. "En los Estados Unidos se observa precisamente un proceso de reducción del franchising, mediante adquisición por los franchisor de los establecimientos de los franchisees y su integración al sistema de distribución directa mediante sucursales".

La cesión o transferencia de franquicia constituye jurídicamente una verdadera cesión del contrato en la que se sustituye al franquiciador por otro sujeto en la titularidad de la relación jurídica derivada del contrato. Es claro que el contrato no es materia de cesión, sino tan solo los efectos, derechos y obligaciones de las partes contratantes que derivan del contrato.

Como esta novedosa figura no está reglamentada en nuestro derecho mexicano, resultan aplicables, por analogía, las normas sobre la cesión de derechos y asunción de deudas de nuestro Código Civil (artículos 2029 y siguientes). 44

Terminación

"Dado el alto compromiso financiero de las franquicias de creación y explotación de negocios, y el plazo de diez a veinte años de la mayoría de los contratos de franquicia, no es sorprendente que los temas legales de terminación, renovación y transferencia sean los más controvertidos en las disposiciones sobre franquicias. Tampoco es sorpresa que los litigios entre franquiciantes y franquiciatarios invariablemente se centren en estas tres áreas.

La terminación del contrato de franquicia es un tema del mayor interés, pues a falta de regulación legal, el franquiciatario puede quedar desprotegido como parte débil de esta relación.

De las causas generales de terminación del contrato algunas de las cuales pueden ser pactadas por las partes en el contrato de franquicia, señalo las siguientes: el agotamiento natural del contrato; el vencimiento del término; la muerte o incapacidad sobreviniente de uno de los contratantes; la voluntad unilateral de una de las partes; el mutuo consentimiento; la quiebra de uno de los contratantes o la rescisión por incumplimiento.

La aplicación concreta de estas causas generales de terminación del contrato de franquicia suele estar pactada en el propio contrato. Las causas contractuales que juzgo más importantes:

44. Op. Cit., J. Arce Gargollo, pp. 54, 55 y 56.

a) Preaviso de alguna de las partes. Este preaviso suele estar pactado en el contrato con un plazo mínimo y alguna formalidad para hacerlo saber a la contraparte. Por ejemplo el franquiciatario podrá dar por terminado el contrato mediante aviso por escrito dado al franquiciante en un plazo de seis meses. Este preaviso de terminación puede establecerse que sólo opera después de cinco o diez años de vigencia del contrato.

b) Terminación anticipada por incumplimiento de alguna de las partes, o rescisión. En esta causal suele pactarse cuáles son las violaciones graves al contrato que dan lugar a la terminación anticipada para alguna de las partes.

Por ejemplo, el incumplimiento de ciertas obligaciones del franquiciado como no pagar la contraprestación periódica, no guardar el secreto de los conocimientos recibidos, no respetar la exclusiva, traspasar la negociación o ceder el contrato, abrir nuevos establecimientos sin aprobación del franquiciante y otros incumplimientos graves. En algunos casos, el no cumplimiento de estas obligaciones se pone como causa de terminación anticipada del contrato.

Esta resolución por incumplimiento tiene como fundamento legal, en nuestro derecho, el artículo 1941 del Código Civil, que previene para los contratos bilaterales la posibilidad de resolverlos por incumplimiento de una de las partes. En este caso la parte perjudicada puede pedir el cumplimiento forzoso o la rescisión y, en ambos casos, el pago de daños y perjuicios. "La norma general de este modo de terminación de contrato es que la parte perjudicada que quiera resolverlo por incumplimiento de la otra debe promover el juicio ante la autoridad judicial". Este es el llamado pacto comisorio tácito. Nuestro código vigente "autoriza implícitamente prescindir de la intervención judicial, mediante el pacto comisorio expreso". 45

Como solución contractual que pueden recurrir las partes para estos incumplimientos, el franquiciante puede aceptar que ante las violaciones o incumplimiento del contrato por parte del franquiciatario se lo hará saber por escrito, y durante un término pactado(un mes, tres meses), el franquiciatario deberá subsanar la violación o dejar de incumplir. Si durante ese período pactado el franquiciatario no responde para cumplir, opera la terminación anticipada del contrato.

Algunas disposiciones en los Estados Unidos usualmente previenen en un plazo mínimo de aviso durante el cual al franquiciatario se le concede una oportunidad de corregir el incumplimiento del contrato y evitar así las terminación. El período de corrección para dejar de incumplir el contrato puede ser tan corto diez días o hasta noventa días.

c) Quiebra del franquiciatario o del franquiciante como causa de terminación. A esta causal suele agregarse otras que afectan a la operación normal del franquiciatario, como puede ser la huelga cuando se prolonga por determinados días; el embargo de toda negociación o de ciertos activos importantes, con posibilidad de intervención en la administración por parte de la autoridad judicial; la expropiación; la suspensión de pagos.

d) Llegada del término del contrato. Esta causa de terminación no requiere aviso o actos propios de las partes. Algunas veces la llegada del plazo termina el contrato, salvo que las partes decidan continuar con el mismo por períodos(anuales, cinco años), o un plazo igual al inicial, si se pacta la renovación automática, a menos que se dé aviso en contrario en un plazo y forma pactada. A la llegada del plazo es conveniente que las partes determinen contractualmente algunos efectos posteriores como el no uso de la marca por el franquiciatario, la mercancía producida y no vendida, etc.

e) Muerte del franquiciatario. Esta causa sólo se produce cuando el concesionario es una persona física. Puede establecerse en el contrato que el contrato de franquicia continúe vigente con los herederos o que se termine en un plazo razonable en el cual el franquiciante tiene derecho a "recomprar" la franquicia o dar alguna indemnización a los herederos. También puede pactarse que los herederos pueden ceder el contrato de franquicia a un tercero a la muerte del franquiciatario.

En disposiciones del Estado de California (EUA) se previene que a la muerte del franquiciatario el concedente no negará al cónyuge supérstite o a los herederos la oportunidad de participar como propietario de la franquicia por un tiempo razonable, durante el cual deberán satisfacer los requisitos de un franquiciatario o vender o traspasar la franquicia a una persona con las cualidades que exige el franquiciante para nuevos franquiciatarios".

f) En los contratos de formación y explotación de una negociación, las disposiciones de varios Estados de la Unión Americana generalmente establecen que el franquiciante pueden dar por terminado el contrato, o negar la prórroga, si hay una causa justa (good cause). El concepto de justa causa, buena causa, causa razonable o, simplemente, causa, varía de una legislación estatal u otra. Muchas veces incluye que la justa causa es la violación o incumplimiento del franquiciatario a los requerimientos o a las obligaciones del contrato de franquicia. Algunas normas determinan que el incumplimiento, para ser causa, debe ser "sustancial"; otras aluden a causas específicas como: abandono del negocio por el franquiciatario, cometer un delito, mal uso de la marca del franquiciante, quiebra y falta de pagos. En algunos casos judiciales se encuentran causas como: que el franquiciatario no llegue a las cuotas o cifras de ventas razonables o fijadas por el franquiciante; que no sea rentable; falta de higiene en restaurantes; abuso a la clientela.

Con relación a los efectos de la terminación de este contrato es necesario hacer notar que se trata de un contrato de tracto sucesivo y la rescisión por incumplimiento o la terminación anticipada produce efectos hacia el futuro, no en forma retroactiva como sucede en contratos de ejecución instantánea o de una sola prestación. En materia de rescisión nuestro Código Civil no contiene una norma que explique este fenómeno. El Código Civil italiano dice en su artículo 1458, "La resolución del contrato por incumplimiento tiene efectos retroactivos entre las partes, salvo en el caso de los contratos de ejecución continua o periódica, con respecto a los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones antes realizadas..."

La doctrina acepta unánimemente este principio básico. Por ejemplo, para el contrato de suministro que tiene alguna similitud en ciertas prestaciones, al de franquicia, se opina: "la resolución por incumplimiento afecta a las obligaciones futuras, pero no alcanza a las pretéritas".

Algunos de los pactos que debe contener el contrato de franquicia para los casos de terminación anticipado o por la llegada del plazo son:

a) La obligación del franquiciatario de no usar la marca, removerla de todos los establecimientos, equipos e instalaciones, etc. Esta obligación debe ampliarse, en cada contrato, para el uso del nombre comercial, los avisos comerciales y las explotación de patentes.

b) El franquiciatario no podrá seguir explotando la negociación materia de la franquicia, ni realizar negocios similares o semejantes que pudieran afectar al franquiciante y dar la impresión a los consumidores o público de que el franquiciatario es todavía una persona autorizada por el franquiciante para explotar esa clase de negocio.

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

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

Con respecto al franquiciatario, los efectos de la terminación o no renovación puede incluir una indemnización, aunque sobre esto hay dos opiniones.

Una primera opinión dice que no sería justo que el franquiciado que ha integrado una red importante y otros beneficios para el franquiciante, no tenga derecho a una compensación. La otra corriente de opinión, más jurídica y con base contractual, es que no hay derecho a indemnización.

Con respecto a la renovación cuando no se ha estipulado como derecho del franquiciatario que le renueve a la terminación, éste no tiene, en principio, derecho a indemnización. En materia de concesión mercantil o distribución: "la jurisprudencia francesa ha sostenido que la negativa a la renovación no significa un abuso de derecho por parte del franquiciante, sino simplemente el ejercicio de una facultad suya, y no cabe indemnización".

"En ocho Estados de Estados Unidos de América exigen que el franquiciatario reciba compensación por la terminación o la no renovación".

Cuando el contrato de franquicia concluye por la llegada del plazo inicialmente pactado o de sus prórrogas, el franquiciatario no tiene derecho a indemnización. Si la terminación es antes de que concluya el plazo originalmente pactado o sus renovaciones, habrá que determinar si hay causa justa del franquiciante para la terminación anticipada del contrato. En caso de que no haya incumplimiento del franquiciatario, el franquiciante que da por terminado antes del plazo sin una justa causa, contractual o legal, debe una indemnización a su contraparte.⁴⁶

Naturaleza Jurídica Contractual

La mención de esta figura en la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial no convierten al contrato de franquicia en una figura típica en el Derecho Mexicano, pues no disciplinan al contrato en su relación de Derecho Privado entre las partes, ni contienen normas supletorias de la voluntad de las partes o regulan los efectos que este negocio jurídico produce. La reglamentación contenida en las citadas disposiciones es de Derecho Administrativo y Registral, pues sólo contemplaba la relación entre las partes contratantes con la Administración Pública Federal, titular del Registro de contratos de licencia de marcas.

El contrato de franquicia es, en nuestro Derecho Mexicano, un contrato atípico, pues no está disciplinada en nuestra ley la relación entre franquiciante y franquiciatario. Sin embargo, esta novedosa figura mercantil goza ya, en terminología de Betti, de tipicidad social.

46. Op. Cit., J. Arce Gargollo, pp. 59 y 60.

Cuando el franquiciatario es persona física, entre el franquiciante y él no existe relación laboral alguna, pues no hay "subordinación" en la relación que es estrictamente contractual y de naturaleza comercial entre dos comerciantes independientes. No hay por tanto patrón y trabajador.

Esta compleja relación contractual de la franquicia no es un contrato de comisión. "Los franquiciatarios no son representantes del franquiciante", pues no obran por cuenta del franquiciante ni en nombre de éste, sino que el franquiciatario como distribuidor obra por su propia cuenta y en su propio nombre. Esta actuación no impide que el franquiciatario deba seguir ciertos lineamientos y tenga limitaciones contractuales para que pueda usar una marca y un nombre comercial que no son suyos. También contractualmente el franquiciatario debe cumplir con lo que el franquiciante determine sobre la aplicación de la tecnología y otros conocimientos en la venta o producción de mercancías o prestación de servicios que son materia del contrato de franquicia. Sin embargo, a pesar de las diferencias con el contrato de comisión, en algunos casos serán aplicables ciertas normas supletorias de dicho contrato que es el "máximo exponente de la colaboración mercantil", y género de la relación de intermediación comercial.

La franquicia, en algunos casos, podrá confundirse con la compraventa de empresa, especialmente la franquicia de formación y explotación de negociación. Hay dos notas importantes que distinguen a la franquicia del "traspaso". La primera es que en la franquicia no hay negociación o empresa en operación, materia de la venta de la empresa, que determine que el consentimiento de las partes (vendedor y comprador) se otorgue sobre "un organismo vivo". La franquicia se otorga, precisamente, para crear o iniciar una negociación. La segunda razón es que en la compraventa de empresa una vez realizada la transmisión, el vendedor desaparece; el contrato concluye pues tiene una prestación única: la enajenación de la empresa. En la franquicia, por el contrario, la relación entre franquiciante y franquiciatario es a largo plazo, el franquiciante sigue

ligado a la "vida", al desarrollo y operación de la empresa que nace de la franquicia otorgada.

Se le ha considerado como "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 ccesionario ha de cargar con los costos de organización de su negocio y con el riesgo de su empresa, a pesar del contrato que sobre él ejerce el concedente".

"Por mucho que el contrato que nos ocupa configura, ciertamente, una modaliada del de concesión, se adentra en una forma de asociación y colaboración para la venta de los productos o los servicios de uno de los asociados, con lo que el productor reduce considerablemente los costos de distribución". 47

Aunque la franquicia puede confundirse con el contrato de distribución o concesión mercantil, especialmente la franquicia de "producto y marca", un elemento importante los distingue y hace que el contrato de franquicia sea tal. "La reciente modalidad del franchising en que la licencia de marca y la asistencia técnica se incorporan al contenido del contrato".

Tampoco puede buscarse alguna analogía entre el contrato de franquicia y el Derecho de sociedades o asociaciones. "Las técnicas societarias presentan inconvenientes, porque implican la constitución de un aparato jurídico bastante difícil de llevar". Las partes actúan en forma independiente, y sólo sobre esa base puede hablarse de contrato de franquicia. 48

47. Op. Cit., A. Díaz Bravo, p. 160.

48. Op. Cit., J. Cuyenot, p. 30.

En el multicitado artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Privada se incluyen como elementos esenciales del contrato de franquicia, que son diferenciadores de este negocio con otros contratos: licencia de uso de marca o nombre comercial y transmisión de conocimientos técnicos o asistencia técnica.

Díaz Bravo considera que hay un contrato típico en nuestro Derecho Mexicano que reúne las características de la franquicia. Dice este autor: Existe tal contrato: si el franquiciante aporta al franquiciatario derechos inmateriales (marca, conocimientos y asistencia técnica) para que éste los aproveche en la explotación de una negociación mercantil; si a cambio de ello este último concede al primero una participación en las utilidades que obtenga de la explotación, aparece, casi fielmente retratado, el contrato de asociación en participación, como lo define el artículo 252 de la Ley General de Sociedades. ⁴⁹

El Lic. Arce Gargollo menciona al respecto: no comparto la postura de este mercantilista sobre la naturaleza jurídica de la franquicia pues, a mi entender, no hay un contrato asociativo entre franquiciante y franquiciatario, sino un contrato de colaboración a pesar de los razonamientos válidos apuntados. Para mí, el franquiciante no participa de las utilidades del franquiciatario, pues las regalías que debe pagar éste al franquiciante son sobre las ventas de la negociación, sobre los ingresos, no sobre las utilidades. Así el franquiciante no corre el mismo riesgo que el franquiciatario, pues si éste no obtiene utilidades en la negociación mercantil materia del contrato, debe seguir pagando todas las cantidades que derivan del contrato: regalías, rentas, aportación a publicidad y muchas más. El franquiciatario puede tener pérdidas e incluso quebrar y eso en nada afecta al franquiciante. ⁵⁰

49. Op. Cit., A. Díaz Bravo, p. 163.

50. Op. Cit., J. Arce Gargollo, p. 63.

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.

Cuando estamos en presencia de un contrato de franquicia de "producto y marca", éste se asemeja al contrato de distribución y puede decirse que involucra:

a) Una relación de suministro por las obligaciones del concedente de la franquicia para suministrar y proveer al franquiciatario con mercancía.

b) Contiene los principios del contrato de agencia como relación contractual a largo plazo en la que el franquiciatario debe promover y comercializar los productos materia del contrato con las limitaciones que el franquiciante le impone.

c) El uso de la marca (y a veces de nombre comercial) y la transmisión de la tecnología.

En aquellos contratos de franquicia para la "formación y desarrollo de una negociación", además de las características generales que previamente se han señalado, el énfasis principal del contrato está centrado en la búsqueda de la uniformidad del producto o servicio, la licencia de uso de la marca (y nombre comercial), el control de calidad, todo ello envuelto en las relaciones propias de un contrato de licencia de marca con transferencia de conocimientos técnicos

Si se pretende celebrar un contrato similar a la franquicia que no incluye licencia de alguna marca, en términos de nuestra Ley de Fomento y Protección a la

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Propiedad Industrial no tendría el carácter de contrato de franquicia sino que será otro contrato atípico.

En lo que respecta a las disposiciones de la franquicia en México, por la importancia que adquiere el contrato de franquicia, se previene en la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial en su artículo 142, que el Reglamento que se expida de esta ley debe establecer qué información sobre su empresa debe proporcionar el franquiciante al franquiciatario, antes de la celebración del contrato. Estas normas tienden a proteger a los posibles franquiciatarios en la celebración de contratos de esta novedosa y prometedora figura contractual.

CAPITULO III

EL SURGIMIENTO DE UN SISTEMA DE MERCADOTECNIA

UNA NUEVA ERA EN LAS FRANQUICIAS, Mc DONALD'S Y AAMCO

El otorgamiento de franquicias no es nada nuevo. La empresa The I.M. Singer Company otorgó franquicias para la venta de sus máquinas de coser en la década de 1850. Las compañías petroleras y automovilísticas argumentan que sus distribuidores trabajan por medio de franquicias desde principios del siglo. Pero en realidad las franquicias no obtuvieron el apoyo y el reconocimiento público hasta la década de 1950, cuando los restaurantes y los hoteles empezaron a aparecer como clones a través de todo Estados Unidos.

Narra el autor(Steven S. Raab) un pasaje de su niñez, recuerdo muy bien la forma en que las franquicias afectaron mi vida. Por esos años, cada invierno mi padre cerraba su zapatería de Nueva Jersey durante unas semanas y toda la familia viajaba a Miami. Se trataba de un viaje tortuoso y largo en automóvil. El sistema de autopistas interestatales todavía no se construía, por lo cual nuestro recorrido atravesaba las calles principales y las carreteras secundarias de todo pueblo, ciudad, condado y aldea a lo largo de la costa oriental del país.

A todo ello venía a sumarse el problema de encontrar hospedaje limpio y confortable, amén de comida sabrosa y nutritiva. Algunos hoteles y restaurantes resultaban aceptables, pero la gran mayoría eran lugares de tercera categoría, al acecho de turistas hambrientos o agotados. En consecuencia, a menudo el desayuno se componía de huevos en polvo seguidos por un antiácido, y por las noches caíamos en hoteles malolientes con cucarachas del tamaño de muchos de sus huéspedes.

Entonces, alrededor de 1957, ocurrió un cambio que despejó gran parte de las conjeturas de los viajeros. La cadena de restaurantes Howard Johnson's empezó a otorgar franquicias a hoteles de la costa atlántica con gran acometividad.

Mi padre manejaba durante varias horas y entonces todos empezábamos a estirar el cuello para escudriñar el horizonte y descubrir el siguiente techo color naranja brillante, la compañía ofrecía un producto de calidad y en forma consistente a quienes viajaban. Sabíamos que los baños estarían limpios, al igual que las habitaciones, y que las camas no nos depararían sorpresas desagradables. Podíamos confiar en encontrar los 31 sabores de sus helados y una buena comida caliente. Howard Johnson's nos conquistó desde nuestra primera estancia con ellos y desde entonces nunca dejamos de parar en sus establecimientos cuando viajábamos. 51

Mc Donald's.

Al edificar Mc Donald's, Ray Kroc tomó prestado y amplió el concepto de calidad consistente de Howard Johnson's. Kroc, vendedor toda su vida, se interesó por primera vez en las comidas rápidas en 1954, al observar el éxito que habían logrado los hermanos Mac Donald con un pequeño restaurante en las afueras de San Bernardino, California.

Más tarde se reunió con los hermanos Mc Donald-Maurice y Richard, juntos redactaron un acuerdo por medio del cual Ray Kroc vendería el negocio a operadores independientes y los hermanos participarían en las utilidades. "Por mi mente pasaban imágenes de restaurantes Mc Donald's localizados en los cruces de las

51. Steven Raab, *Franquicias, México*, Limusa, 2a. Edición, 1992, pp. 29 y 30.

principales carreteras del país," escribía más tarde Kroc en su biografía, *Grinding It Out*.

¡ Y vaya forma en que esa visión se convertiría en realidad!, en la actualidad, Mac Donald's es el líder indiscutible de las comidas rápidas y las franquicias, con más de 7000 unidades en todo el mundo y ventas por más de \$ 12,400 millones de dólares en 1986. La compañía sigue abriendo un establecimiento nuevo cada 12 horas.

El éxito de Mac Donald's depende de su devoción casi fanática por la consistencia y control de calidad. Si bien en sus primeros días Howard Johnson's y otros franquiciadores simplemente copiaban la esencia de sus negocios, por parte de Mc Donald's duplicaba cada aspecto de su operación. No se aceptaban desviaciones a las normas preestablecidas.

Mc Donald's desarrollaba el método o formato del negocio y los concesionarios tenían que cumplir cada especificación a rajatabla. Las hamburguesas, por ejemplo, debían pesar exactamente 1.6 onzas y no contener más de 17% de grasa.

Los empleados debían vestir una camisa imaculadamente blanca y desempeñar un solo puesto. El encargado de la parrilla sólo debía voltear las hamburguesas, mientras que otro se encargaba de freír las papas en aceite hirviendo. Se aplicaban las técnicas altamente sistematizadas de las líneas de ensamble a la preparación de los alimentos. Este orden mejoraba la eficiencia y reducía el desperdicio.

La uniformidad de Mc Donald's iba dirigida a una nueva generación de clientes de alta movilidad. Un tejano que estuviese de vacaciones en San Francisco

podía estar seguro de lo que podía esperar bajo los Arcos Dorados contiguos al puente Golden Gate; un neoyorquino en viaje de negocios en Minesota podía saborear su acostumbrada malteada bajo cualquier Arco Dorado de las ciudades gemelas. Muchos hombres de empresa captaron el mensaje y se apropiaron de la idea. 52

LAS FRANQUICIAS Y EL AUTOMOVIL:

1. LA HISTORIA DE AAMCO.

Cita el autor, mientras Ray Kroc construía su imperio, Tony Martino reconstruía cajas automáticas. Mecánico callejero muy listo del barrio italiano de Filadelfia, Martino aprendió su oficio trabajando en el taller de su tío durante la década de 1950. Empezaban a estar de moda las transmisiones automáticas y su complejidad confundía a muchos mecánicos expertos. Pero no a Martino, quien no tardó en aprender a reparar esos complicados mecanismos. Para 1959 ya era dueño y operaba su propio taller: AAMCO (Anthony A. Martino Company).

Sólo arreglaba cajas automáticas y su negocio floreció. Según el propio Martino, "En aquella época la naturaleza misma de los negocios estaba cambiando. La especialización estaba cobrando auge. En muchos aspectos, AAMCO estuvo en el lugar adecuado y en el momento oportuno".

Pero la historia tenía mucho más fondo. Martino era un empresario con visión que a principios de la década de 1960 ya poseía tres talleres muy conocidos para la reparación de cajas automáticas, amén de contar con un talento envidiable para descubrir ideas rentables.

52. John Love, *Mac Donald's*, Colombia, Norma, 1986, pp. 46 y 47.

Esa habilidad le ayudó en 1963 cuando un desconocido lo llamó por teléfono para hacerle una propuesta desconcertante.

"Le gustaría ganar mucho dinero?" le preguntó en voz grave. "siga hablando," le contestó Martino.

Su interlocutor era Robert Morgan, un empresario ambicioso y de hablar reposado que en un tiempo había sido propietario y operador de una cadena de estudios de baile copiados de la otra afamada cadena de franquicias de Arthur Murray. En esos tiempos Morgan era presidente de Safeway Brakes, una franquicia con sede en Filadelfia que se debatía por sobrevivir.

Morgan se dio cuenta de que uno de sus talleres de frenos había fracasado en la misma esquina donde ahora tenía buenos logros un taller de transmisiones automáticas. Analizó la situación y concluyó que los frenos no eran lo bastante complicados para merecer un servicio especializado.

"En cada gasolinería de la esquina había un mecánico que podía cambiar las zapatas de los frenos," recuerda Martino. "No hacía falta que tuviese conocimientos ni herramientas especiales para estar en el negocio. "Por lo tanto, Morgan llamó a Martino y decidieron conocerse.

Formaban una pareja dispareja. Morgan, elegante y sereno, era un estupendo jugador de ajedrez que gustaba del baile y el arte. Antes de formar Safeway Brakes había puesto de moda los móviles para niños, fabricando y vendiendo por miles esas delicadas figuritas en equilibrio a las tiendas de departamentos.

Por su parte, Martino provenía directamente del taller. Sus conocimientos de la industria automotriz no pasaban de lo que había aprendido al enfrentarse con las piezas dañadas o con las juntas quemadas de las cajas automáticas.

Sin embargo, compartían el mismo interés por ganar dinero y pronto se hicieron socios. Mientras Martino vigilaba el trabajo de los talleres, sistematizaba los procedimientos y capacitaba al personal de los nuevos franquiciatarios en la reparación de las complicadas cajas automáticas, Morgan trabajaba en la concepción del contrato de franquicia, la redacción de los folletos publicitarios y la venta de más franquicias.

La colaboración resulto muy provechosa. Durante 1963, su primer año, AAMCO vendió 100 franquicias y en 1964 otras 200. Para 1967, la compañía contaba con 500 unidades franquiciadas y ventas por \$ 14 millones de dólares: uno de los inicios más virtuosos en la historia de las franquicias.

Martino se desligó de la AAMCO ese mismo año y Morgan se hizo cargo por completo de la compañía. "Crecimos con mucha rapidez desde el principio porque teníamos confianza en el concepto. Sabíamos que el mercado automotriz necesitaba especialistas en la reparación de cajas automáticas" con 1000 talleres diseminados por todo el país, siete veces más que su competidor más cercano.

Por su parte, Tony Martino fundó otras franquicias similares con el mismo éxito. En 1972, estableció MAACO, una franquicia de talleres de pintura de automóviles, y en 1982 habió SPARKS Tune Up. En la actualidad, MAACO es uno de los líderes de la industria con cerca de 400 unidades en toda la nación. Con más de 100 unidades en 1986, SPARKS ya es uno de los principales contendientes en el mercado de las afinaciones de motores. Martino puede enorgullecerse de ser uno de los pocos franquiciadores que han logrado desarrollar tres franquicias muy importantes.

Howard Johnson's, Mc Donald's y AAMCO son importantes dentro de la historia de las franquicias porque los sectores de las comidas rápidas y de los automóviles han sido el almáximo tradicional e ideal para el surgimiento de franquicias que han tenido éxito.

Pero durante los últimos 30 años, las franquicias han ido mucho más allá de las hamburguesas y las transmisiones automáticas, y barcan ahora todo producto y servicio imaginable.

En su franchise Opportunity Handbook, el departamento de comercio da una lista de compañías de más de 40 sectores de la economía dedicadas a la venta de franquicias.

Duds'N Suds, por ejemplo, es una cadena de lavado de ropa y diversión que ha dado un nuevo enfoque a la expresión "Una buena colada divertida" al intercalar máquinas lavadoras y mesas de billar o pool y refrigerios. ProTech Restoration, de Santa Bárbara, California, proporciona servicio de hojalatería y pintura a los autos siniestrados de las compañías de seguros.

Dahlberg, Inc. es una franquicia especializada en tiendas para personas con problemas auditivos que ya posee 97 establecimientos en 42 estados de la Unión Americana. Estas son compañías únicas en sectores poco comunes y sin embargo forman una parte importante y de mucho crecimiento de la economía: el sector de los servicios.

"Hoy en día, casi una tercera parte de la fuerza laboral estadounidense trabaja en industrias productoras de servicios," declara Valeri A. Personick. La señora Personick señala que los últimos 25 años el sector servicios creó más de 14 millones de

empleos, mientras que la cifra combinada de personas empleadas en los sectores industrial y agrícola ni siquiera se movió. gran parte del éxito de las franquicias se debe a este cambio fundamental.

En un estudio reciente de la International Franchise Association se citan las siguientes palabras de un experto el la materia :

"Estados Unidos está pasando del sector industrial de las chimeneas al sector de los servicios, y las franquicias se están aprovechando de esa corriente."

Las franquicias encajan tan bien en esta nueva economía por dos razones:

Requieren una capacitación mínima e inventarios limitados. A diferencia de las empresas industriales o de transformación la administración de empresas y servicios puede enseñarse en cuestión de días o de semanas.

Merry Maids, franquicia para la limpieza de casas habitación con sede en Omaha, Nebraska, capacita a sus franquiciatarios en una semana por medio de trabajo en un salón de clases y de videgrabaciones complementarias.

El curso de adiestramiento de MAACO dura 4 semanas: tres en un salón de clases y una en un taller modelo donde se enseñan las técnicas básicas para reparar y pintar carrocerías.

I can't believe It's a Yogurt, una franquicia con sede en Dallas, Texas, sólo necesita seis días para formar a sus nuevos propietarios.

Esos cortos periodos de capacitación permiten mantener bajos los costos de los franquiciadores y ayudan a los franquiciatarios a ganar dinero más pronto.

Los requisitos de unos inventarios limitados también atraen a los franquiciadores al sector de los servicios.

Unos inventarios bajos permiten mantener una inversión inicial razonable para los franquiciatarios con lo cual el franquiciador tiene menos problemas para vender sus franquicias. Por ejemplo, Sara Care Services, una franquicia para servicios temporales con sede en El Paso, Texas, no requiere ninguna inversión en costosos inventarios antes de que una franquicia empiece a liacer negocios.

De manera parecida, el inventario de Neal's Cookies de Houston, Texas, sólo cuesta \$5,000 dólares, una cantidad muy modesta si se compara con los requerimientos e inventarios de un fabricante o un mayorista. 53

53. Op. Cit S. Raab, pp. 32, 33.

FRANQUICIA DE PRODUCTOS O DE MARCAS REGISTRADAS.

El autor Gregory Matusky narra al respecto; nuestro ingeniero en genética aplicaría una forma muy antigua de franquicias llamada de producto o de marca registrada que se usó por primera vez en la década de 1800 y que siguen empleando los distribuidores de automóviles, las gasolineras, la industrias de refrescos embotellados y varios más.

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

De acuerdo con el Departamento de Comercio, las franquicias de productos o de marcas registradas generaron un porcentaje muy importante de las ventas de todas las franquicias en 1986.

Sin embargo, su importancia está decayendo. Desde principios de los años 70, el número de franquicias de productos ha disminuido en 40%, debido, sobre todo, a una pérdida neta de casi 160,000 gasolineras entre 1972 y 1983.

Según un estudio reciente patrocinado por la International Franchise Association, en el futuro se espera una disminución en la expansión de este sector a cerca de un 5% anual en 1990.

FRANQUICIA CON FORMATO DE NEGOCIO Y POR CONVERSION.

La forma de franquicia más conocida es la franquicia con formato de negocio.

En este caso, una compañía desarrolla un sistema o método de operación para la comercialización de productos o servicios, y la marca registrada identifican a todas las partes de este sistema o método.

Por ejemplo, el nombre de Wendy's no identifica un platillo particular de menú de esa cadenas de restaurantes. No existen ni la hamburguesa, ni las papas fritas Wendy's. El nombre identifica, más que nada, la forma en que Wendy's proporciona el servicio de comidas rápidas.

De manera similar, el nombre Midas no se aplica a un silenciador específico; las personas no piden un Midas, como pedirían una Pepsi o un Oldsmobile. En realidad, Midas se refiere al método que esa organización utiliza para proporcionar su paquete de servicio completo a los clientes.

Los tres elementos básicos que determinan si su negocio es una franquicia son: el empleo de una marca o nombre registrado, el pago de derechos o regalías y el suministro de servicios.

El empleo de una marca o nombre registrado.

Para ser una franquicia, un grupo de restaurantes, de dentistas o de gimnasios debe operar conjuntamente bajo un mismo nombre que lo distinga. Ese nombre lo alquila el franquiciatario al franquiciador durante un periodo específico. Por ejemplo, un podiatra que abriese centros de servicios Pies Suaves no sería una franquicia. Pero si alquilara el nombre a otros podiatras, estaría cumpliendo este requisito.

Pero, ¿por qué pagar por utilizar el nombre de Pies Suaves? Quizás se trata de un nombre muy conocido por el público consumidor en cierta área del mercado, o tal vez los podiatras consideran que brinda una imagen apropiada a sus negocios.

Los nombres y las marcas registradas son el activo principal de las compañías franquiciadoras y son un elemento básico de la definición de una franquicia.

Pago de derechos o regalías

El segundo elemento que define a una franquicia con formato de negocio es el pago de una cuota por el derecho de vender los productos o servicios.

Este cargo puede ser una cuota inicial de entrada, unas regalías pagaderas mensualmente, cierta aportación para publicidad, el costo de la capacitación, una cuota mínima de compras de producto, o cualquier otra serie de pagos obligatorios.

Volviendo a nuestro ejemplo de Pies Suaves, para ser un franquiciador, el podiatra debería cobrar a los franquiciatarios el derecho de usar el nombre en sus centros. El permiso para usar gratuitamente el nombre de Pies Suaves podría convertirlo en un tipo muy apreciado o en mal empresario; pero de ninguna manera lo calificaría como franquiciador.

Y lo mismo puede decirse de la distribución de productos a precios de mayoreo. Por ejemplo, si el podiatra simplemente surtiera a los demás podiatras soportes ortopédicos Pies Suaves a precio de mayoreo, no por eso sería un franquiciador. Pero si obligara a sus colegas a que le pagaran por el derecho de vender sus soportes exclusivos, o se los vendiera por encima del precio de mayoreo, entonces sí podría ser un franquiciador.

Suministro de Servicios.

La Comisión Federal de Comercio y los distintos estados de la Unión Americana que reglamentan las franquicias definen en forma diferente el tercer elemento de la franquicia.

La Comisión Federal de Comercio considera que un negocio es una franquicia si cumple los otros dos requisitos y, además, ejerce cierto control o proporciona asesoría o servicios calificables como importantes. Pero, ¿Cómo se puede determinar si la asesoría o los servicios que se proporcionan son importantes? Según la Comisión Federal de Comercio, proporcionar ayuda publicitaria, capacitar a los dueños de las tiendas nuevas u otorgar áreas del mercado en exclusividad ciertamente son factores importantes. Sin embargo, ofrecer asesoría o consejos informalmente son actividades que bien podrían caer fuera de la definición de la Comisión.

En la mayor parte de los estados de la Unión Americana que reglamentan las franquicias, el establecimiento de un formato de negocio es el tercer elemento de una franquicia. Volviendo al ejemplo de nuestro podiatra, si comercializara su negocio como un programa global para tener éxito como podiatra, con todo y nombres, sistemas de negocios y responsabilidades de regalías, entonces sí sería considerado como una franquicia por la Comisión Federal de Comercio a tenor de la prueba de la asesoría importante y, por definición, también sería una franquicia en los estados que actualmente reglamentan las franquicias.

Por lo tanto, la franquicia con formato de negocio consiste en el establecimiento de un sistema de negocios que operan bajo un nombre o marca, que funcionan conforme a un método o formato de negocio específico y controlado, o que también reciben asesoría o servicios importantes por parte del franquiciador.

Franquicias por conversión

Una derivación de la franquicia con formato de negocio es la franquicia por conversión. Estos negocios parecen ser idénticos a la compañías con formato de negocio, pero difieren en un aspecto muy importante: su objetivo son los negocios independientes que ya se encuentran en operación.

Century 21 es el ejemplo más palpable. Esta cadena dedicada a los bienes y raíces y con sede en Irvine, California, empezó a encontrar corredores (franquiciatarios) en cuanto se formó en 1971. Sus fundadores, Art Bartlett y Marsh Fischer, pensaron que los pequeños corredores locales de bienes raíces pagarían bien si se les diese oportunidad de competir en igualdad de condiciones contra las empresas de bienes raíces más grandes y conocidas. Ambos idearon un sistema de subfranquicias

que dividía al país en unas 30 regiones cuyos encargados serían empresarios locales responsables de vender las franquicias a las compañías de bienes raíces ya establecidas.

Los franquiciatarios hacían un sólo desembolso por el derecho a la licencia y pagos continuos por regalías. De esa forma, obtenían publicidad nacional y un nombre de todos conocido, una administración de alta calidad y un sistema nacional de referencias, pero fuera de ellos los cambios eran mínimos, a no ser por el anuncio exterior de los establecimientos y el color de los sacos deportivos de los agentes de ventas, el dorado distintivo de Century 21.

Muchas otras franquicias recurren a la conversión para aumentar su participación en el mercado. Por ejemplo, The Hair Performers y Jiffy Lube aceptan negocios independientes en su sistema. Pero a diferencia de Century 21, estas compañías demandan un estricto cumplimiento de sus respectivos sistemas de negocios. "Cada año", dice John Amico, fundador y presidente de The Hair Performers, "escogemos a cinco salones independientes para que se adhieran a nuestra fórmula. Pero el acuerdo de establecer con toda claridad que deben aceptar nuestro programa global. No permitimos que mezclen su estilo con el nuestro. Su salón debe ser un clásico The Hair Performers, punto".⁵⁴

LAS FRANQUICIAS DESDE UN PUNTO DE VISTA FISCAL.

El Contador Público, Miguel Zavala Neri, Socio de Echeverría, Manzano y Cía., S.C.- en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, expone en relación a la definición legal de la franquicia lo siguiente: El contrato de franquicia es un contrato atípico, integrado por la conjunción de varios contratos, como pueden ser de distribución, de concesión, de asistencia técnica, de licencia de uso de marcas, etc.

⁵⁴. Op. Cit., S. Haab, pp. 39-43.

Al respecto, la definición que existe en el artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección Industrial es muy completa; ya en ella se contienen los dos elementos esenciales de una franquicia, siendo éstos la licencia de uso de una marca y la transmisión de conocimientos técnicos, para que a quien se le concede, pueda producir o vender bienes o servicios de manera uniforme con el titular de la marca.

Los tipos de pagos que realiza el franquiciatario a la empresa franquiciante, pueden ser principalmente por los siguientes conceptos:

Pago inicial por los derechos de uso de los conocimientos técnicos desarrollados hasta la fecha en que entra en vigor el contrato de franquicia y por el uso de la marca o nombre comercial.

Pagos periódicos que pueden ser fijos o en función de algún elemento, tal como las ventas, la utilidad o la producción, siendo este pago de regalías, el ingreso que sostiene el funcionamiento de la franquicia como tal, ya que con los mismos, la empresa franquiciante auspicia nuevas investigaciones y desarrolla nueva tecnología, productos, diseños, etc.

Pagos por subfranquicias, mismos que pueden efectuarse en función de aperturas reales de nuevos establecimientos al amparo de la franquicia maestra, o bien en función de compromisos de apertura del franquiciatario, dentro del territorio que se le otorgue en exclusiva.

Tratamiento fiscal de los ingresos del franquiciante.

Para los franquiciantes residentes en Territorio Nacional los ingresos percibidos por cualquiera de los conceptos antes mencionados al amparo de un contrato de franquicia, son ingresos acumulables, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que a la letra dice:

Las personas morales residentes en el país acumularán la totalidad de los ingresos en efectivos, en bienes, en servicio, en crédito o de cualquier otro tipo, que obtengan en el ejercicio, inclusive los provenientes de sus establecimientos en el extranjero. La ganancia inflacionaria es el ingreso que obtienen los contribuyentes por la disminución real de sus deudas.

Conjuntamente con los demás ingresos que el franquiciante obtenga por venta de bienes y servicios, productos financieros, etc., procediendo disminuir los costos y gastos inherentes y necesarios para el desarrollo y continuidad del objeto de la franquicia, también conjuntamente con las demás deducciones fiscales a que tenga derecho el franquiciante.

Cuando los ingresos acumulables son mayores que las deducciones autorizadas, se tendrá una utilidad fiscal sobre la cual debe aplicarse la tasa del 35%, o en su caso, amortizarse las pérdidas fiscales de ejercicios anteriores.

Para los franquiciantes residentes en el extranjero, los ingresos por regalías derivadas de un contrato de franquicia que contenga los elementos mencionados en la Ley de Fomento y Propiedad Industrial, están gravados al 15% de acuerdo con lo

establecido en el artículo 156 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, siendo obligación del franquiciatario retener dicho impuesto. El citado artículo dice a la letra: Tratándose de ingresos por regalías, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional cuando los bienes o derechos por los cuales se pagan regalías se aprovechen en México, o cuando los pagos de regalías se efectúen al extranjero se deduzcan, total o parcialmente, por un establecimiento permanente o base fija en el país, aun cuando el pago se efectúe a través de cualquier establecimiento en el extranjero. Salvo prueba en contrario, se entenderá que el aprovechamiento se efectúa en el país cuando se paguen las regalías por un residente en territorio nacional, o por un residente en el extranjero con establecimiento permanente o base fija en México.

En este punto es importante comentar que en la practica existen contratos que se denominan de franquicia y que en realidad son de distribución o suministro con derecho a utilizar una marca de fábrica o un nombre comercial. En este caso la retención que debe realizarse sobre los pagos que conceden el derecho a usar la marca o nombre comercial, es decir del 35% ya que en este caso resulta aplicable lo dispuesto en la fracción II del citado artículo 156 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.()

El citado artículo en su fracción II dice a la letra: Regalías por el uso o goce temporal de patentes o de certificados de invención o de mejora, marcas de fábrica y nombres comerciales, así como por concepto de publicidad 35%.

Asimismo, es importante recordar lo establecido en el artículo 144 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta respecto a que cuando la persona que haga los pagos,(en este caso el franquiciatario)pague por cuenta del residente en el extranjero,(en este caso el franquiciante) el impuesto que a éste corresponda, dicho impuesto deberá a su vez considerarse ingreso para el franquiciante. También es conveniente tener en cuenta que éste mismo artículo establece que en aquellos casos en que no se pague la

contraprestación al franquiciante en la fecha de exigibilidad, como si hubiese efectuado el pago.

Considerando que estamos en la época de la apertura comercial y de los tratados internacionales para evitar la doble tributación internacional, es recomendable que en los casos en que se paguen, o se cobren, regalías al extranjero, se verifique si existe o no un tratado de este tipo con dicho país, y en su caso qué establece en materia de regalías.

Tratamiento Fiscal de los pagos realizados por el Franquiciatario

El pago inicial que realiza el franquiciatario por los derechos de uso de los conocimientos técnicos desarrollados hasta la fecha en que entra en vigor el contrato de franquicia y por el uso de la marca o nombre comercial, la opinión del Contador Público Zavala Neri es que el contrato debe registrarse como un gasto diferido, ya que dicho pago es un activo intangible representado por bienes o derechos que permiten reducir costos de operación o mejorar la aceptación de un producto, durante un periodo limitado, inferior a la duración de la actividad del franquiciatario, por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 42 y 43 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, el pago en cuestión es amortizable al 10% anual.

Los citados artículos dicen a la letra: Para los efectos de esta Ley se consideran los activos fijos, los gastos y cargos diferidos y las erogaciones realizadas en periodos preoperativos, Los porcentos máximos autorizados tratándose de gastos y cargos diferidos, así como para las erogaciones realizadas en periodos preoperativos son los siguientes:

II. 10% para:

b) Regalías por patentes de invención o de mejoras, marcas, nombres comerciales, por dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos, por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales y científicas y en general por asistencia técnica o transferencia de tecnología, así como para otros gastos diferidos.

En este punto es conveniente recordar que el boletín C-8 de principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, establece que los activos intangibles tienen dos características principales:

a) Representan costos que se incurren o derechos o privilegios que se adquieren con la intención de que aporten beneficios específicos a las operaciones de la entidad durante periodos que se extienden más allá de aquél en que fueron incurridos.

Los beneficios que aportan son en el sentido de permitir que esas operaciones reduzcan sus costos y aumenten las utilidades.

b) Los beneficios futuros que se espera obtener se encuentran en el presente en forma intangible, frecuentemente representados mediante un bien de naturaleza incorpórea, o sea, que no tiene una estructura material ni aportan una contribución física a la producción u operación de la entidad. Su característica de activos se la da su significado económico, más que su existencia material específica.

Precisa el Boletín citado que el requisito que deben cumplir estas partidas para ser reconocidas como activos y no como gastos, es que exista una razonable certeza de que serán capaces de generar utilidades a la empresa en cantidad suficiente que permita que sean absorbidas a través de su amortización. Consecuentemente

aquellas partidas que aún cuando su naturaleza sea descrita en los incisos a) y b) anteriores, sólo sean capaces de reducir pérdidas o de generar utilidades menores a su propio costo, no deberán ser capitalizadas. La evidencia que, con respecto al requisito citado, debe existir para su capitalización, debe estar constituida por proyecciones financieras de las operaciones futuras, experiencia anterior con costos semejantes, experiencia de otras empresas en situaciones similares, estudios de mercado, o cualquier otra evidencia que se considere necesaria para preveer y cuantificar los beneficios futuros.

Como puede observarse el pago inicial que realiza el franquiciatario al franquiciante, en términos generales reúne las características para ser considerado un activo intangible y consecuentemente en la definición de gastos diferidos del artículo 42 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Los pagos periódicos que sostienen el funcionamiento de la franquicia evidentemente constituyen un gasto y deben deducirse en ejercicio en que se devenguen.

Los pagos por apertura de nuevos establecimientos o por el otorgamiento de subfranquicias, también son un gastos del ejercicio en que se genera la obligación de realizarlos, ya que como se indicó anteriormente, se puede tener la obligación de realizar este tipo de pagos en función de compromisos de apertura y aún cuando estas no se relicen.

Por otra parte, considero que cuando el pago se realiza por el otorgamiento de una subfranquicia, la erogación correspondiente representa para el subfranquiciatario un gasto diferido sujeto a amortización en los términos ya comentados, ya que para éste, dicho pago es equivalente al pago inicial que realizó el franquiciatario al franquiciante. Cuando el pago lo efectúa el propio franquiciatario por la apertura de un nuevo establecimiento, como ya se mencionó, la erogación es

deducible en el ejercicio, ya que en este caso el pago inicial sujeto a amortización ya se realizó.

Como comentario final es recomendable, analizar el contrato de franquicia relativo, ya que éste es la base para precisar el tratamiento fiscal de las diferentes erogaciones o ingresos que deban efectuarse u obtenerse.

Las disposiciones legales y fiscales en vigor regulan la generalidad de los supuestos que puede presentar un contrato de franquicia, ya que además de las disposiciones específicas aplicables, se tiene el apoyo de las normas que regulan los contratos que pueden conjugarse en un contrato de franquicia. 55

55. Consultorio Fiscal, México, Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, pp. 7 y 8.

CAPITULO IV

TRACENDENCIA SOCIAL Y CULTURAL DE LA FRANQUICIA

CONTEXTO CULTURAL Y SOCIALIZACIÓN

La definición clásica de cultura, formulada por Sir Edward Taylor dice así: "Cultura...es ese todo complejo que incluye conocimientos, creencias, arte, moral, leyes, costumbres y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de una sociedad". Dicho de una manera más simple, cultura es todo lo que es socialmente aprendido y compartido por los miembros de una sociedad. El individuo recibe cultura como parte de una herencia social y, a su vez, puede reformar la cultura e introducir cambios que luego forman parte de la herencia de las siguientes generaciones.

La cultura puede dividirse en cultura material y cultura no material. La cultura no material consiste en las palabras que la gente emplea, las ideas, costumbres y creencias que tienen, y los hábitos que siguen. La cultura material consiste en objetos manufacturados, como instrumentos, muebles, automóviles, edificios canales de riego, granjas, caminos, puentes y, de hecho, cualquier sustancia física que haya sido modificada y utilizada por la gente. La cultura material es el resultado de la cultura no material, la parte más importante de la cultura es el patrimonio de ideas.

Una cultura es un sistema organizado de normas y valores que las personas tienen. Existen sociedades adyacentes que tienen culturas muy diferentes, como sucede con Estados Unidos y México.

La cultura como un sistema de normas

La cultura incluye las formas en que las cosas deben de hacerse, decimos que la cultura es normativa, define las reglas de la conducta. La norma tiene dos significados, la norma estadística es una medida de lo que realmente existe, es una medida de la conducta real, la norma cultural es un concepto de lo que se espera que exista, es un conjunto de expectativas acerca del comportamiento, una imagen cultural de cómo se supone que la gente actúe.

Costumbres

Cada peculiaridad se elige entre muchas posibilidades, todas ellas más o menos viables. Mediante el ensayo y error, verdaderos accidentes o algún influjo desconocido, un grupo llega a una de estas posibilidades, la repite y la acepta como un modo habitual de satisfacer una necesidad particular. Luego se pasa a las generaciones sucesivas y se convierte en una costumbre. Las costumbres son simplemente las formas habituales, comunes y usuales en que un grupo hace las cosas, como saludar, comer, etc.

Las nuevas generaciones absorben las costumbres, en parte por la enseñanza deliberada pero principalmente por medio de la observación y por la participación en la vida que las rodea.

Tradiciones

Algunas costumbres son más importantes que otras, por lo tanto reconocemos dos clases de costumbres: 1) las que deben seguirse como parte de las buenas maneras y del comportamiento educado, y 2) las que tenemos que seguir porque se piensa que son esenciales para el bienestar del grupo. Estas ideas de lo bueno y lo malo que ligamos a ciertas costumbres se llaman tradiciones. Por tradiciones entendemos esas ideas vigorosas de lo bueno y lo malo que exigen unos actos y prohíben otros. Las tradiciones son creencias en bondad o maldad de los actos, algunas de ellas se basan en genuinas relaciones de causa a efecto, algunas veces estas creencias no tienen fundamento, pero otras están plenamente justificadas, emergen gradualmente de las prácticas consuetudinarias de la gente, en gran parte sin intención o elección consciente, las tradiciones se autovalidan y se autopropietúan.

Cuestionarlas es indecente, y violarlas es intolerable, toda sociedad castiga a quien viola sus tradiciones, deben asimilarse, aprenderse, o aceptar algo tan completamente que se convierta en parte inconsciente y automática de nuestras respuestas.

Valores

Las tradiciones son ideas acerca de si los actos son buenos o malos, los valores son ideas acerca de si las experiencias son o no importantes.

La estructura de la cultura

Una cultura no es simplemente una acumulación de costumbres y tradiciones; es un sistema organizado de comportamiento.

Etnocentrismo

El etnocentrismo convierte nuestra cultura en un patrón con lo cual medimos todas las otras culturas y las calificamos de buenas o malas, de adelantadas o atrasadas, de convenientes o extravagantes, en la medida en que se asemejen a la nuestra.

Desde los hebreos bíblicos hasta los japoneses del siglo XIX, el etnocentrismo se ha utilizado para desalentar la aceptación de elementos ajenos en la cultura. Tales esfuerzos para evitar que la cultura cambie nunca tiene éxito completo, el cambio sobrevino tanto para los hebreos como para los japoneses.

El etnocentrismo no discrimina a nadie para desalentar el cambio cultural. Desalienta tanto los cambios que podrían desorganizar la cultura y los cambios que la ayudarían a obtener sus metas. Puesto que ninguna cultura es completamente estática, toda cultura debe cambiar si se debe sobrevivir. El etnocentrismo promueve la estabilidad cultural y la sobrevivencia del grupo; en otras circunstancias, el etnocentrismo condena la cultura al fracaso y el grupo a la extinción

La fe etnocéntrica en la alta tecnología y el desprecio por los pueblos "retrasados" nos suele cegar prácticamente.

Xenocentrismo

Esta palabra significa una preferencia por lo extranjero. Es la creencia en que nuestros propios productos, estilos o ideas son necesariamente inferiores a los originados en cualquier otra parte. Se basa en el atractivo de lo extranjero y lejano y en el prestigio de los centros distantes, supuestamente exentos de las sórdidas limitaciones de la comunidad a la que uno pertenece.

Hay muchas ocasiones en que la gente parece feliz de pagar más por bienes importados, en la suposición de que cualquier cosa extranjera es mejor. Lo que se aplica a los productos materiales también es cierto para las ideas y estilos de vida.

En toda sociedad unas cuantas personas rechazan a su grupo o alguna parte de su cultura. Las costumbres son los usos de una sociedad. Las tradiciones son ideas de lo bueno y lo malo que están ligadas a algún tipo de comportamiento.

Una subcultura es el sistema de valores y comportamientos de un grupo que forma parte de la sociedad, pero que tiene algunas pautas culturales únicas. Una contracultura es una subcultura que no sólo es diferente, sino claramente opuesta a los valores dominantes de la sociedad.

Un estereotipo es una imagen de otro grupo o categoría de personas compartidas por el grupo. El estereotipo opera como una profecía autocumplida, moldeando los sentimientos y el comportamiento en la dirección del estereotipo.

Comportamiento de la multitud

Una multitud es temporal, sus miembros rara vez se conocen, la mayor parte de las formas del comportamiento de la multitud no están estructuradas, no tienen reglas, tradiciones, controles formales, líderes designados, ni pautas establecidas que sigan sus miembros. El comportamiento de la multitud es una parte de la cultura.

La afición pasajera o la moda

Una afición pasajera es una variación trivial, de corta vida, en el habla, la decoración o el comportamiento. La afición pasajera se origina al parecer en el deseo de ganar y mantener status, siendo diferente e innovador, y muere cuando pierde su novedad, aunque unas cuantas se convierten en partes permanentes de la cultura.

Las modas son similares a las aficiones pasajeras, pero cambian con menos rapidez, son menos triviales y tienden a ser cíclicas. La moda sólo es importante en las ciudades que tienen un sistema de clases, en la sociedad de clases abiertas con una considerable movilidad es donde esa moda es importante.

La moda puede incluir casi cualquier aspecto de la vida de grupo, los modales las artes, la literatura, la filosofía y aún las metodologías de la ciencia, pero es más frecuente que aparezca en la ropa y en los adornos. Las modas no son completamente triviales o caprichosas, porque reflejan los intereses y valores dominantes de una sociedad en una época determinada.

La elección de las modas es una forma de “presentación del ego”, porque “toda la elección de ropa, sobre todo la de las rápidas y simples, significan alianzas con otras mujeres que han hecho el mismo tipo de elección”.

La moda extravagante es un impulso precipitado hacia la obtención de alguna satisfacción, puede ser superficial, seria, económica, política, expresiva o religiosa, se vuelve una obsesión para sus seguidores, la moda extravagante se apodera sólo de una fracción de la población y es una preocupación que se consume tiempo, generalmente se desgasta pronto.

Algunas modas extravagantes desaparecen por completo, otras se ocultan y perduran como una actividad menos alocada entre algunas personas.

Las propagandas competidoras son probablemente la limitación más grande, con el monopolio de la propaganda, un propagandista puede suprimir y fabricar hechos, y no es posible ninguna refutación eficaz. La mera existencia de propagandas competidoras en un estado democrático ejerce una influencia restrictiva tanto sobre el propagandista como sobre el receptor. La credibilidad del propagandista a los ojos de los receptores limita lo que éstos aceptarán. ⁵⁶

CULTURA, SU FUNCIÓN, SU HISTORIA Y SU SOCIOLOGÍA

Los cambios en la cultura, al vivir una vieja costumbre, los sujetos que la reviven, que la están cumpliendo de nuevo, sienten que esa añeja pauta de comportamiento ya no está en congruencia con las nuevas realidades del presente. Entonces, si la discrepancia o la inadecuación es enorme, suele suceder que algunos inician un movimiento de .

⁵⁶ Paul Horton, *Sociología*, EEUU, Mc Graw Hill, 6a. Edición, 1992, pp.54-79 y 523-531

rebeldía contra aquella costumbre, dejan de cumplirla, o incluso hacen una ofensiva activa contra ella. A esos algunos se unen otras gentes, y a éstas más y más gentes, hasta que la costumbre deja de serlo, el uso cae entonces en des-uso, y deja de ser cumplido, es decir, la forma de conducta en él encarnada deja de ser re-vivida, y queda ahí nada más que como forma inerte y arrumbada o desechada.

O puede suceder también que en una costumbre de antaño las gentes que hoy siguen cumpliéndola adviertan algunas adecuaciones o desajustes con el presente, y que más o menos conscientemente, más o menos deliberadamente, introduzcan en la misma costumbre algunos cambios, algunas modificaciones.

La cultura, el arte, la técnica, las costumbres, el Derecho, etc., constituyen los modos reales de vida social, que son vividos real y efectivamente por los hombres, y, en la medida en que nuevas personas introducen modificaciones en ese legado del pretérito, cambian y evolucionan.

El creador de la cultura es el individuo, porque la obra cultural es un producto de vida humana objetivada; y únicamente el individuo es el sujeto de vida humana. Los factores sociales que actúan e influyen en la producción de la cultura son múltiples y de muy variada índole.

En los cambios culturales no se trata de nada parecido a la evolución del huevo en pollito, ni de la transformación de la oruga en mariposa; no se trata de que lo nuevo haya salido de lo anterior, donde ya estaba contenido en germen. Se trata de un hecho de un tipo por completo diferente: de un hecho humano, de un hecho histórico.

La cultura como sistema de funciones de la vida humana

El contenido de la ciencia, del arte, de la filosofía, de la técnica, del Derecho, de la economía, etc., ha variado y varía históricamente: es diverso en los varios pueblos y en las sucesivas épocas. Pero si tales funciones varían en cuanto a sus resultados o productos, en cuanto a sus formas y estructuras, y en cuanto a sus contenidos, en cambio todas ellas persisten como que haceres esenciales de la vida humana con sus mismos sentidos funcionales.

El número de funciones que integran la vida humana y que se manifiestan en sus objetivaciones o mundo de la cultura, no es indefinido, antes bien, cabe asegurar que es determinado.

Aspectos y dimensiones sociales del mundo de la cultura:

La cultura como herencia social

La cultura como el conjunto de creencias, pautas de conducta (mental, emocional y práctica), actitudes, puntos de vista, valoraciones, conocimientos, utensilios, arte, instituciones, organizaciones, lenguaje, costumbres, etc., compartidos y transmitidos por los miembros de una determinada sociedad. En suma, cultura en ese sentido es lo que los miembros de una determinada sociedad concreta aprenden de sus predecesores y contemporáneos en esa sociedad, y lo que le añaden y modifican. Es la herencia social utilizada, revivida y modificada.

La cultura es una serie de pautas de conducta humanas heredadas, o recibidas de los contemporáneos, las modificaciones o innovaciones individuales no son incorporadas a la cultura viva del grupo sino hasta que tales modificaciones o innovaciones son socializadas, es decir, sino hasta que son adaptadas por los demás miembros del grupo, y, por consiguiente, transmitidas sucesivamente.

Las culturas cambian también por causa de otros fenómenos, por ejemplo, los contactos establecidos por una cultura con otras culturas. Los portentosos medios de inter-comunicación y de información en nuestro tiempo ponen en contacto a las gentes con los modos de vida de grupos remotos y heterogéneos; y de esos contactos nacen imitaciones, fusiones o combinaciones de modos de vida de diversos pueblos y consiguientemente, dan ocasión a que las gentes de un círculo cultural adopten modos de vida de las gentes de otro círculo.

Uno de los modos más importantes del cambio cultural es la acumulación progresiva de nuevos descubrimientos, de nuevos conocimientos, de nuevas ideas, de nuevos artefactos, de nuevas técnicas, de nuevas formas de vida. La acumulación puede ser debida a invenciones y descubrimientos realizados dentro del mismo círculo cultural por nuevos individuos, quienes consiguen que el grupo adopte sus innovaciones. Por otra parte, el contacto entre los varios pueblos origina que unos adopten modos de vida de otros o los combinen con los suyos propios.

Una clasificación de los tan variados materiales que constituyen el patrimonio cultural es la realizada por Sorokin, la divide en tres clases de elementos culturales: 1) los ideológicos; 2) los relativos a la conducta; y 3) los materiales.

1) Elementos ideológicos. Este grupo de elementos culturales comprende la totalidad de ideas, valoraciones y normas. Este grupo abarca la religión, la filosofía, la ciencia, la ética, el Derecho, las bellas artes, y el idioma oral y escrito.

2) Elementos relativos a la conducta. Este segundo grupo incluye la totalidad de las pautas o de los esquemas a través de los cuales aparecen objetivados, manifestados y socializados, en la conducta efectiva, las ideas, las significaciones, los principios, las valoraciones y las normas.

3) Elementos materiales de la conducta. Este grupo comprende los objetos materiales, cosas y energías biofísicas, utensilios, artefactos, instrumentos, etcétera.

Historicidad humana y progreso

El mecanismo esencial de la historicidad: el hombre cambia, porque cada generación toma como punto de apoyo para su vida el legado cultural que recibe de la generación precedente; pero en el decurso de su vida va introduciendo modificaciones en esa herencia cultural, añade nuevos conocimientos, nuevas experiencias, algunas invenciones, arrumba otros elementos, e introduce correcciones en determinados puntos.

La historicidad abarca un sin número de aspectos de la vida humana, el mundo de la cultura ideológica, las formas culturales de la conducta individual y social, la cultura material, técnica, o utilitaria.

Positivamente ha seguido el progreso social en muchos órdenes de cosas: la idea de los derechos del hombre, no sólo de las garantías individuales, sino también

de los derechos sociales, económicos y educaciones va abriéndose más anchos caminos la idea de "bienestar para todos" se ha convertido de hecho en el tema de casi todos los pueblos del mundo.

Principios sobre el progreso

El primer grupo es la realización de valores:

1° Todo descubrimiento e invención de un valor constituye progreso.

2° Toda transformación de una cosa en bien constituye progreso.

3° Toda institución destinada a realizar un valor es progreso, pero imperfectamente que desempeñe su cometido.

4° Toda mejor realización de un valor ya realizado es progreso. Esta mejor realización de un valor puede llevarse a cabo de varios modos: por depuración, por facilitación, por intensificación, etcétera.

5° Todo aumento de bienes en cantidad constituye progreso.

6° Toda disminución de males constituye progreso, porque la eliminación de un mal no debe considerarse como la simple negación de una cantidad negativa, sino como la producción de un positivo valor.

7° Todo aumento de males constituye retroceso.

8° La conversión de un bien-medio en bien-fin no constituye progreso y puede constituir detención o retroceso.

El segundo grupo es la estimación de valores:

1° Todo aumento en la capacidad humana para estimar valores es un bien y un progreso.

2° Toda rectificación de aberraciones estimativas constituye progreso. Esta rectificación puede referirse tanto a la denuncia de estimaciones en sí mismas falsas, como al restablecimiento de la auténtica jerarquía entre los valores.

Estos dos principios contienen propiamente el fin de la educación humana.

El tercer grupo es el juicio sobre el progreso universal.

1° El Fomento y desarrollo de un valor inferior con detrimento de otro valor superior es un retroceso. En cambio, el descubrimiento de que ello acontece y la rectificación consiguiente constituye progreso. Por ejemplo: la abolición de la esclavitud que menoscaba el superior valor de la dignidad humana.

2° El fomento y desarrollo de un valor superior con detrimento de uno inferior puede ser retroceso, y desde luego plantea siempre la cuestión técnica de lograr el paralelo desarrollo de ambos valores. Los valores no son en sí incompatibles. Sólo la técnica de su realización puede ponerlos en conflicto. Pero cabrá siempre describir un método de realización que elimine la incompatibilidad.

3° El progreso universal resulta de los progresos particulares, pero teniendo esencialmente en cuenta la jerarquía entre los valores.

La condición social y el factor individual del progreso

Para progresar necesita el hombre dos requisitos, por una parte ser capaz de aprovechar el pasado, al beneficiarse con las conquistas logradas por sus predecesores y por la otra tener la capacidad de hacerse libre de lo que fué ayer, para

estar en franquía de ser de otro modo, es decir, de corregir y aumentar la herencia cultural recibida.

La sociedad como condición del progreso

La sociedad es la base y el individuo es el agente del progreso. Sin sociedad sería imposible el progreso y aún más, sería imposible la vida humana. La situación concreta en que los hombres se hallan en cada momento de la historia es el resultado de las etapas elaboradoras en el pretérito. En cada momento social-histórico, el pasado ofrece un repertorio de condiciones para el obrar humano, las cuales, en unión de otras condiciones de diversas índoles, determinan el ámbito de las posibilidades concretas dentro del cual se mueve la acción creadora humana, conjugando con las condiciones y las posibilidades de su acción espontánea. El progreso es siempre efecto del pensamiento creador, sólo el individuo es capaz de crear.

El cambio socio-cultural-histórico

Lo que el hombre es y hace en su vida, es su obra propia, las constantes de la vida humana son: a) estructuras y mecanismos biológicos; b) repertorio de determinados resortes psíquicos; y c) sistema de las funciones de la existencia. Con esas constantes el hombre hace siempre de su vida algo diferente, un nuevo argumento le da un nuevo contenido.

El cambio humano de transformaciones de la vida humana, dentro de las cuales están comprendidos todos los hechos del cambio cultural y del llamado cambio

social. Podemos clasificar los hechos de cambio humano, las más de las veces social o con antecedentes sociales, o con efectos sociales, en tres grupos:

a) Cambios en los componentes de la cultura: inventos técnicos, máquinas, trebejos, prácticas higiénicas, procedimientos médicos, etcétera.

b) Cambios en las normas vigentes (hábitos, usos, creencias, convicciones, valoraciones, costumbres, reglas jurídicas) y en las instituciones (familia, comunidad local, nación, corporaciones de pertenencia obligatoria, asociaciones libres, etcétera).

c) Cambios en las personas reales en los seres humanos efectivos, en el modo de ser concreto de los individuos.

Otro punto de vista desde el cual se puede clasificar el cambio socio-cultural-histórico es el de la mayor continuidad o mayor brusquedad en las transformaciones.

El grado y la velocidad del cambio histórico dependen de dos factores: a) de que haya un ambiente que estimule el pensamiento individual; y b) de que las innovaciones realizadas por algunos individuos sean aceptadas favorablemente y con facilidad, porque domine en el grupo una actitud en pro de los cambios progresivos. El cambio social y cultural depende ante todo, de que haya individuos que usen su mente para pensar por cuenta propia.

Sociedades dinámicas y los factores del cambio social

Una sociedad es dinámica, cuando en ella los factores generadores de cambios que afectan a la estructura colectiva y a las pautas culturales, los factores que determinan habitualmente sucesivas modificaciones importantes en los modos de vida.

Entre esos factores especialmente determinantes del cambio social figuran los siguientes:

I. Factores externos de la naturaleza. Entre ellos figuran, verbigracia, cataclismos naturales, como por ejemplo: terremotos, erupciones volcánicas, inundaciones, etcétera, que alteran transitoria o permanentemente la vieja estructura colectiva, suscitan emigraciones, borran viejas comunidades e impelen a la fundación de otras nuevas.

II. Cambio en el número y en la composición de la población. El rápido crecimiento de la población origina una serie de desajustes y de desequilibrios de los cuales sugen movimientos de cambio en la estructura social, en los procesos económicos, en la organización del trabajo, y, consiguientemente, en los modos de vida.

III. Transtornos sociales. Factores que figuran, por ejemplo: invasiones, conquistas, guerras, pues modifican el orden social, las estructuras colectivas y los modos de vida de los países beligerantes.

Determinantes culturales

Estos son sin duda los más importantes. En definitiva cada sociedad vive sobre la base de su cultura, de acuerdo con las valoraciones de ésta, según las normas que de la misma manan, satisfaciendo sus necesidades con las obras y procedimientos creados en ella.

Descubrimientos científicos

Los descubrimientos científicos son de los factores que enjendran un dinamismo social más potente. La ciencia en muchos aspectos ejerce en la producción de cambios socio-culturales una influencia parecida a la de la filosofía. Crea nuevas actividades espirituales, las cuales producen efectos en las actitudes básicas ante la vida, en los idearios sociales y jurídicos, en la mentalidad crítica. los descubrimientos científicos son la condición que hace posibles los inventos técnicos y la fuente principal que los alimenta y produce.

Los inventos técnicos producen cambios en los modos de vida y suscitan transformaciones sociales de mayor alcance y profundidad que lo que supusieron los inventores y quienes empezaron a servirse de los inventos.

Factores económicos

Los factores económicos en el cambio social, son así por ejemplo: la movilización de la mujer en las fábricas suscita cambios en la vida familiar, en la

política, en las condiciones de trabajo, etcétera; las crisis económicas, con las masas de desocupados, alteran muchas estructuras sociales, muchos modos colectivos.

Comunicación y contactos entre los varios pueblos y culturas

Muchos cambios sociales son debidos no a factores que originalmente hayan actuado desde dentro del seno de una sociedad, sino al hecho de que los miembros de ésta, al estar en contacto con otros grupos de dentro y fuera de su país, o recibir informaciones sobre los modos de vida de éstos, se sienten inclinados a imitarlos. A este respecto dicen MacIver y Page: "Todas las grandes sociedades del pasado revelan la acción normativa y estimulante del intercambio cultural".

La moda

La palabra moda es usada en el sentido del "modo" de desarrollarse la cultura, la moda son costumbres temporales cuya puesta en vigencia y cuya sustitución por otras costumbres diferentes parecen ser arbitrarias o frívolas.

Una moda generalizada es ya una moda desacreditada, el punto de su difusión es el de su muerte y señal que anuncia una nueva moda en perspectiva. Al extenderse, ha perdido su novedad y ha quedado privada de sentido, pues consiste en la constante renovación de las vigencias.

La palabra moda se aplica en dos sentidos, o mejor dicho a dos tipos de fenómenos socio-culturales. En un sentido se habla de modas intelectuales,

filosóficas, la evolución de las necesidades humanas, la mente en un cierto período histórico se fija con especial atención en determinados temas.

Raza, cultura y lengua

La cultura no es algo que se transmita por herencia biológica. La cultura es lo histórico, lo propiamente humano, lo no animal, lo que cambia y se modifica por obra de los hombres y no de la naturaleza. Los que colaboran en la formación de la misma cultura no pertenecen forzosamente a la misma rama étnica, y los descendientes de una estirpe no siempre han participado todos en la misma cultura. 57

PROCESOS ASOCIATIVOS

Todos los procesos, tanto los asociativos como los disociativos comienzan por contactos. El contacto es un hecho o una situación en la que se producen interacciones, hay contactos primarios y secundarios. Los contactos primarios son los que se establecen cara a cara, es decir, en presencia, ejemplos primarios son: mirar directamente, o mirar de reojo; reír, gritar, etcétera, para provocar una respuesta o una reacción de otra persona.

Los contactos secundarios son los que se establecen a distancia, mediante cartas, telegramas, recados, anuncios en el periódico, etc. Los contactos primarios son habitualmente contactos físicos o psico-físicos, en cambio, los secundarios suelen ser meramente psíquicos.

Clasificando los procesos asociativos de menos a más, Wiese distingue los siguientes. Entre las fuerzas que impulsan y favorecen la iniciación de un proceso asociativo existen las siguientes:

a) Solidaridad emocional, la cual consiste en compartir la misma emoción con otra u otras personas, por ejemplo: el gozo que simultáneamente sienten el padre y la madre al contemplar el juego de su hijo, gozo que es el mismo y se produce al mismo tiempo en los dos.

b) Participación emocional, esta consiste en el hecho de que una persona habiéndose percatado del sentimiento de otra participa simpáticamente en ese sentimiento: alegrarse de la alegría de otro.

c) Atracción emocional, esta consiste en sentir admiración, atracción hacia otra persona.

d) Intereses, esto es, por propia conveniencia o por razón de un ideal superior, se desea establecer una relación asociativa con otra persona, o con un determinado grupo, estando dispuesto para ello a hacer concesiones, a llegar a un compromiso, a establecer una mutua inteligencia.

e) Actitud de tolerancia, esta permite establecer procesos asociativos, con gentes de creencias, opiniones o modos de vida diferentes de los nuestros.

Proceso de ajuste

Consiste en obrar de tal modo que las diferencias de opinión, de sentimiento, de modos de conducta entre una persona y otra u otras queden atenuadas, es decir, reducidas en su influencia, y de tal modo que las posibles concordancias sean utilizadas para establecer vínculos asociativos.

Procesos de acomodación

Este es un proceso similar al ajuste, pero con una especial característica, la acomodación es el proceso por virtud del cual individuos o grupos están separados por diferencias u oposiciones que pueden ser de varias clases, por ejemplo: de creencia, de educación, de temperamento, de hábitos de intereses, de finalidades. La acomodación es el proceso social, por virtud del cual individuos, o grupos, en competencia o en conflicto arreglan sus mutas relaciones de tal manera que queden superadas las dificultades que de otro modo habría entre ellos.

Procesos de transculturación

La palabra transculturación se usa en varios sentidos, pero el principal de ellos es el siguiente: el proceso por virtud del cual los dos grupos de diferentes culturas son modificados a través de un contacto bastante estrecho y largo, pero sin llegar a una completa mezcla e integración de las dos culturas. En la transculturación hay combinación entre elementos de ambas culturas, pero sin que éstas hayan llegado realmente a mezclarse.

Podemos citar casos en los que se produce un proceso de transculturación:

- a) Cuando dos pueblos contiguos están en contacto estrecho, y en intercambio, durante largo tiempo.
- b) En la primera época después de que un grupo numeroso de inmigrantes se establece en un lugar habitado por un pueblo de cultura diferente.
- c) En los primeros tiempos después de una conquista, cuando el grupo conquistador impone su propia cultura sobre el pueblo vencido.

La transculturación amistosa entre pueblos contiguos, puede citarse como ejemplo lo que suele ocurrir en las poblaciones fronterizas adyacentes, cuando la gente de una y la otra mantienen numerosas relaciones recíprocas. Así, verbigracia, en Ciudad Juárez, aunque se conserve sustancialmente la cultura y la tradición mexicana, sus habitantes han incorporado a su propia vida muchos modos norteamericanos, así, como a la inversa, en El Paso, aunque imperen y predominen las maneras norteamericanas, encontramos numerosas modalidades culturales mexicanas que han sido adoptadas por los texanos de esa ciudad.

En México hay una situación de mutua asimilación entre la inmensa mayoría de los grupos indígenas y las gentes de cultura occidental. Otro ejemplo de transculturación lo hallaríamos en los grupos de braceros mexicanos que han estado trabajando largo tiempo en los Estados Unidos. Siguen siendo sustancialmente mexicanos, pero en su cultura mexicana se han incrustado algunos modos norteamericanos.

Procesos de Asimilación

La asimilación es un proceso de interpenetración y fusión, en el cual personas, o también grupos de personas adquieren sentimientos, modos de conducta y actitudes de otras personas o grupos, y llegan incluso a participar en las experiencias y tradiciones de éstas, incorporándose de tal manera a una vida cultural común.

La mayor o menor facilidad de asimilación de los inmigrantes depende también del mayor o menor grado de semejanza entre su cultura originaria y la cultura del país donde se establecen.

Llámesese integración, unión o fusión al último resultado cultural del proceso de asimilación recíproca o plurilateral entre múltiples y variados modos de vida. 58

CAMBIO SOCIAL Y CULTURAL

Procesos del cambio social

El descubrimiento

El descubrimiento es una percepción humana compartida de un aspecto de la realidad que ya existe, un descubrimiento añade algo nuevo a la cultura y sólo se vuelve factor de cambio cuando se utiliza. Cuando un nuevo conocimiento se utiliza

58. Op. Cit. L. Recasens Siches, pp.390-395

para desarrollar una nueva tecnología, sobrevienen generalmente grandes cambios. Los descubrimientos se convirtieron en un factor de cambio social cuando el nuevo conocimiento se aplicó a usos nuevos.

El invento

El invento es una nueva combinación o un nuevo uso de los conocimientos existentes, aunque los elementos existentes se utilicen en un nuevo invento, la idea de combinarlos en una fórmula útil es la que produce algo que nunca había existido antes.

Los inventos pueden clasificarse en inventos materiales como el arco y la flecha, el teléfono o el aeroplano, e inventos sociales como el alfabeto, el gobierno constitucional o la corporación. En cada caso se utilizan elementos antiguos combinados y mejorados para una nueva aplicación. El invento es así un proceso continuo, en cada nueva invención es la última en una larga serie de inventos y descubrimientos precedentes.

El invento no es estrictamente un asunto individual, sino un proceso social que incluye una serie interminable de modificaciones, mejoras y recombinaciones. Los cambios sociales en todas las sociedades conocidas se han desarrollado mediante la difusión, la propagación de los rasgos culturales de un grupo a otro.

El jazz se originó entre los músicos negros de Nueva Orleans y se difundió a otros grupos dentro de la sociedad. La difusión ocurre cuando las sociedades se ponen en contacto. Siempre que las culturas se ponen en contacto ocurre un intercambio de rasgos culturales.

La difusión simple es un proceso de dos sentidos. Los rasgos culturales no pueden difundirse a menos que haya algún contacto entre los pueblos, y estos contactos implican siempre alguna difusión en ambas direcciones.

Cuando dos culturas entran en contacto, la sociedad con la tecnología más simple se apropia generalmente de más cosas. Dentro de las sociedades, los grupos de status bajo toman casi siempre más cosas de los grupos de status alto.

La difusión es un proceso selectivo, un grupo acepta algunas características de la cultura de un vecino y al mismo tiempo rechaza otras. La difusión implica por lo general alguna modificación del elemento que se toma prestado.

Cada rasgo cultural tiene principio, forma, función y significado. Todos estos elementos o alguno de ellos pueden cambiar cuando se difunde un rasgo cultural.

Factores en la tasa de cambio

Una causa se define a veces como un fenómeno que es necesario y suficiente para producir un efecto predecible, los factores que intervienen en el cambio social son principalmente sociales y culturales.

Estructura social

La estructura de una sociedad afecta a su tasa de cambio en forma sutil y no inmediatamente evidente. Una burocracia sumamente centralizada es muy favorable

a la promoción y difusión del cambio, aunque las burocracias han sido utilizadas algunas veces an un intento para suprimir el cambio, no ha tenido casi siempre más que un éxito temporal

Cuando una cultura es muy integrada, de manera que cada elemento está correctamente entrettejido con todos los demás en un sistema mutuamente interdependiente, el cambio es difícil y costoso. Cuando la cultura es menos integrada, de modo que el trabajo, el juego, la familia, la religión y otras actividades son menos dependientes una de otra, el cambio es más fácil y más frecuente.

Una sociedad estrechamente estructurada, donde todos los roles, deberes, privilegios y obligaciones de las personas estan rígida y exactamente definidos, es menos dada a los cambios que una sociedad más libremente estructurada, donde los roles, las líneas de autoridad, los privilegios y las obligaciones están más abiertas al reajuste individual.

Actitudes y valores

Para nosotros el cambio es normal, y la mayor parte de los occidentales, se enorgullecen de ser progresistas y estar al día.

Un pueblo que venera el pasado, rinde cutlos a sus ancestros, honra y obedece a sus mayores y está preocupado por las tradiciones y rituales cambiará lenta e involuntariamente. Son intensa e inconscientemente etnocéntricos; suponen que sus costumbres y técnicas son correctas y eternas.

Una sociedad que cambia con rapidez tiene una actitud diferente con respecto al cambio, y esta actitud es causa y efecto de los cambios que ya están ocurriendo. Las actitudes y valores afectan tanto la cantidad como la dirección del cambio social.

Distintos grupos dentro de una localidad o de una sociedad pueden mostrar diferente receptividad al cambio. Toda sociedad que cambia tiene sus liberales y sus conservadores. Las personas cultas y educadas tienden a aceptar los cambios con más facilidad que las ignorantes y poco instruidas. Hasta que las personas no sienten necesidad, se abre al cambio; sólo las necesidades percibidas de una sociedad son las que cuentan.

Las "necesidades" son subjetivas; son reales si las personas sienten que lo son. En muchas partes subdesarrolladas y mal alimentadas del mundo, las personas no sólo tienen necesidad objetiva de más alimentos; también necesitan distintos alimentos, especialmente verduras y legumbres.

Las condiciones cambiantes crean nuevas necesidades, necesidades genuinas y objetivas y no sólo necesidades subjetivamente "sentidas". Una cultura se integra y, por lo tanto, los cambios en una parte de ella crean una necesidad de cambios adaptativos en las partes correlativas de la cultura.

El concepto de necesidad percibida como se ha señalado aquí es en gran parte un concepto funcionalista. Surgen de las necesidades de sobrevivencia y del constante desarrollo de nueva tecnología.

Sin embargo, la necesidad no es garantía de que el invento o el descubrimiento necesitado se fabricará. La necesidad puede ser "la madre de los inventos", pero el invento también necesita un padre: una base cultural que proporcione el conocimiento y la técnica necesarios.

La base cultural

Por base cultural queremos significar la acumulación de conocimientos y técnicas disponibles para el inventor. Conforme crece la base cultural, se vuelve posible un número cada vez mayor de inventos y descubrimientos.

Cuando la base cultural proporciona todos los elementos de conocimiento de apoyo, es muy probable que una o más personas imaginativas reúnan estos elementos para una nueva invención o descubrimiento.

La gran importancia de la base cultural se revela mediante el principio de la fertilización cruzada, que establece que los descubrimientos e invenciones en un campo se vuelven útiles en un campo totalmente distinto.

El principio exponencial establece que, conforme crece la base cultural, sus posibles usos tienden a crecer en proporción geométrica.

Actitudes y valores específicos

Los gustos y las aversiones establecidos de los pueblos son factores importantes en el cambio social. Si un objeto tiene un valor puramente utilitario esto es, si se valora por lo que hace el cambio puede aceptarse con bastante facilidad. Si

alguna característica de la cultura tradicional se valora intrínsecamente por lo que vale en sí, aparte de lo que hará, el cambio se acepta con menos facilidad.

Para cada uno de nosotros parece correcto rechazar cualquier innovación que va contra nuestras tradiciones o valores, cuando otros actúan de igual manera, su rechazo nos impresiona con frecuencia como si fuera una superstición ignorante o una terquedad. ¡ Esto es etnocentrismo!.

Demostrabilidad de los inventos

Una innovación es aceptada más rápidamente cuando su utilidad se demuestra con facilidad, los inventos mecánicos pueden ser probados sin costos muy elevados y en unas cuantas horas y días, las invenciones sociales sólo pueden verificarse mediante un experimento a largo plazo que implica por lo menos a toda una sociedad, sólo podemos determinar el valor práctico de la mayor parte de las invenciones sociales adoptándolas. Las innovaciones se aceptan con más facilidad cuando encajan perfectamente en la cultura existente.

Costos del cambio

El cambio casi siempre es costoso, perturba la cultura existente y destruye sentimiento y valores estimados, sino que también implica algunos costos específicos, muy pocas innovaciones pueden añadirse sin más a la cultura existente; la mayor parte de ellas exige la modificación de esa cultura.

Los costos del cambio social nunca están equitativamente distribuidos. La industria que se vuelve obsoleta y los trabajadores cuya experiencia ya no tiene mercado se ven obligados a soportar los costos del progreso técnico, en tanto que otros disfrutan de los productos mejorados. Aquellos para quienes el status es provechoso se dice que tienen intereses creados.

Los estudiantes que asisten a las universidades estatales tienen un interés crecido en la educación superior subsidiada. Los cambios representan una amenaza real o imaginaria para algunas personas con intereses creados, quienes se oponen por consiguiente a esos cambios, quienes tienen intereses creados, aparecen como promotores del cambio siempre que piensan que el cambio propuesto será provechoso para ellos.

La mayor parte de las reformas sociales no se consiguen hasta que personas poderosas con intereses creados redefinen sus intereses y deciden que la reforma los beneficiará. Las innovaciones que se aceptan primero por personas que se encuentran en la cumbre de la escala del prestigio y del sistema de poder es probable que se filtren hacia abajo con mucha rapidez; las que son adoptadas primero por personas de bajo status es probable que se infiltren hacia arriba más lentamente, si es que llegan a infiltrarse.

Los agentes del cambio que tienen éxito, con frecuencia tratan de hacer que el cambio aparezca inocuo identificándolo con los elementos culturales familiares. Los agentes del cambio deben conocer la cultura en la que trabajan, para los ejecutivos de negocios que se preparan para operar en una cultura que no les es familiar, o aún para los agentes del cambio que trabajan para promoverlo en nuestra propia sociedad.

Las consecuencias del cambio

Ningún cambio social deja sin afectar en alguna forma el resto de cultura, aún una innovación "aditiva" quita tiempo e interés a otros elementos de la cultura, algunas innovaciones son destructoras por su impacto.

Ogburn distinguía dos formas de los efectos sociales del invento:

1) La dispersión o los múltiples efectos de un sólo invento mecánico se ilustran mediante los varios efectos de la radio del automóvil, que acorta el tiempo del viaje, impulsa una gran industria manufacturera y de servicios, proporciona un mercado para grandes cantidades de gasolina, aceite, acero, vidrio, piel y otros materiales, requiere un programa masivo de construcción de caminos, promueve suburbios y centros comerciales, y tiene muchas otras consecuencias;

2) La sucesión, o los efectos sociales que se derivan de una sola invención significa que un invento produce cambios, los que a su vez producen otros cambios y así sucesivamente.

Los cañones "hicieron a todos los hombres del mismo tamaño" y terminaron con la ventaja de los caballeros con armadura. Un rasgo cultural que se difunde se encuentra con frecuencia con una sociedad bastante incapaz de hacerle frente con éxito. Las innovaciones, ya sea descubiertas, inventadas o difundidas pueden ser igualmente perturbadoras.

Tasas desiguales del cambio

Puesto que la cultura está interrelacionada, los cambios en un aspecto de cultura invariablemente afectan a otros aspectos de ella, los rasgos afectados se adaptarán casi siempre a este cambio, pero sólo después de algún tiempo. Este intervalo entre la llegada de un cambio y la consumación de las adaptaciones que requiere se llama rasgo cultural.

Desorganización y desmoralización

La tecnología moderna se está extendiendo por todo el mundo, si una cultura está estrechamente integrada con todas sus características e instituciones ajustadas entre sí, un cambio en alguna de ellas desorganizará todo este orden. En el mundo de hoy el cambio es más rápido en los países en vías de desarrollo; en la medida en que un país se acerca a su completa "modernización", la tasa de cambio se hace más lenta, los países en vías de desarrollo son los que están padeciendo la mayor desorganización, a causa de su elevada tasa de cambio o por su relativamente poca familiaridad con los procesos del cambio.

La modernización promueve nuevos sistemas de estratificación social e impulsa una competencia étnica creciente dentro de los países en vías de desarrollo.

Ventajas y desventajas del cambio

Aunque adaptarse al cambio es algunas veces doloroso, el fracaso para aceptarlo y adaptarse a él es todavía más doloroso. Puesto que la cultura implica interrelaciones, por lo común es más fácil aceptar un conjunto de cambios relacionados entre sí que aceptarlos uno por uno.

El cambio rápido puede realmente producir menos rezagos, porque muchos de los elementos relacionados de la cultura pueden cambiarse al mismo tiempo. El cambio ha llegado con sorprendente velocidad a las sociedades occidentales contemporáneas. En pocas generaciones, los pueblos occidentales han pasado de la vida en sociedades rurales y agrícolas a la vida en una sociedad de masas inmensamente compleja, urbana, industrial e impersonal. ⁵⁹

LA METAMORFOSIS DE LOS GUSTOS

Como definición provisional de la metamorfosis de los gustos menciono la siguiente: los gustos, comprendidos como el conjunto de prácticas y propiedades de una persona o de un grupo, son producto de una confluencia (de una armonía preestablecida) entre ciertos bienes y un gusto.

Entre estos bienes, debemos incluir, todo lo que es objeto de elección, de una afinidad electiva, como los objetos de simpatía, de amistad o de amor.

Los gustos son producto de esta confluencia entre dos historias, una en estado objetivado y otra en estado incorporado, que quedan objetivamente acordes. El artista es ese profesional de la transformación de lo implícito en lo explícito, de la objetivación, que transforma el gusto en objeto, que realiza lo potencial, es decir, ese sentido práctico de lo hermoso que sólo puede conocerse realizándose.

El objetivador del gusto tiene con el producto de su objetivación la misma relación que el consumidor: puede encontrarlo o no de su gusto. Los gustos, como conjunto de las elecciones que realiza una persona determinada, son pues productos de una confluencia entre el gusto objetivado del artista y el gusto del consumidor.

La hipótesis que se propone para explicar el universo de los gustos en cierto modo es totalmente diferente, aunque, por supuesto, las intenciones y transacciones no quedan nunca excluidas de la producción cultural.

El modelo que se propone rompe con el modelo que se impone espontáneamente y que tiende a convertir al productor cultural, al escritor, al artista, al sacerdote, al profeta, al brujo, al periodista en un calculador económico racional quien, por medio de una especie de investigación de mercado, logra supuestamente presentir y satisfacer necesidades apenas formuladas o ignoradas, con el fin de sacar el mayor provecho posible de su capacidad de anticiparse, es decir, de llegar antes que sus competidores.

Los productores producen productos diversificados por la propia lógica de las circunstancias y sin buscar la distinción. Existe así una lógica del espacio de producción que hace que, quiéranlo o no, los productores produzcan bienes diferentes.

Por el lado de los consumidores, ¿ cómo elige la gente? En función de su gusto, es decir, de manera generalmente negativa (siempre se puede decir lo que uno no quiere, es decir, muchas veces los gustos de los demás); es un gusto que se constituye en la confrontación con gustos ya realizados, que se enseña lo que así mismo al reconocerse en objetos que son gustos objetivados.

Una vez visto cómo los gustos se engendran en la confluencia entre una oferta y una demanda o, para ser más precisos, entre objetos clasificados y sistemas de clasificación.

Estos gustos pueden cambiar por el lado de la producción, de la oferta: el campo artístico es sede de un cambio permanente, hasta tal punto que, para desacreditar a un artista, basta con remitirlo al pasado mostrando que su estilo no hace más que reproducir un estilo ya conocido por lo tanto no tiene ningún valor porque carece de originalidad. El campo artístico es sede de revoluciones parciales que transforman su estructura sin poner en tela de juicio al campo como tal ni al juego que en él se juega.

Al igual que los reformadores, los innovadores artísticos son personas que dicen a los dominantes "ustedes lo han traicionado, hay que volver a la fuente, al mensaje". Por ejemplo, las oposiciones en torno a las cuales se organizan las luchas literarias. El hecho de entrar en el juego de la producción, de existir intelectualmente, significa que uno hace época, y, al mismo tiempo, remite al pasado a todos aquellos que también hicieron época en su momento. (Hacer época es hacer historia, que es producto de la lucha, que es la lucha misma; cuando ya no hay lucha, ya no hay historia).

En todos los campos los dominantes ven su dominación como el fin de la historia en ambos sentidos: como término y como finalidad que no tiene una más allá y queda entonces eternizada. Hacer época significa, remitir al pasado, a lo superado, a lo desclasado, a aquellos que en un tiempo fueron dominantes.

El cambio no es producto de un intento de ajustarse a la demanda. Entre los factores que determinan el cambio dentro de la demanda se encuentra sin lugar a dudas la elevación del nivel, tanto cuantitativo como cualitativo, de la demanda que implica la elevación del nivel de escolaridad y que hace que un número cada vez mayor de personas entre en la competencia por la apropiación de los bienes culturales.

La elevación del nivel de la demanda determina una translación de la estructura de los gustos, una estructura jerárquica, que va de lo más raro a lo menos raro, todos los bienes ofrecidos tienden a perder parte de su rareza relativa y de su valor distintivo a medida que crece el número de consumidores a la vez dispuestos a apropiárselos y aptos para ello.

La rareza del producto y la rareza del consumidor disminuyen en forma paralela. El abandono de las músicas desclasadas y superadas viene acompañado de una tendencia a acudir a la música más rara del momento, es decir a la más moderna, podemos pensar que el público más conocedor se desplazará continuamente hacia la música moderna, y cada vez más moderna, aunque también hay vueltas al pasado. Esto produce ciclos muy semejantes a los de la moda del vestido, aunque con periodos más largos.

Las "estrategias" de distinción del productor y la de los consumidores más conocedores, es decir, los más distinguidos, confluyen sin tener necesidad de buscarse. Por esto el encuentro con la obra se percibe a menudo dentro de la lógica del milagro y

del amor a primera vista. Y también por esto la experiencia del amor por el arte se expresa y se vive dentro del lenguaje del amor. ⁶⁰

POR UN CONSUMO HOMOGÉNEO

Uno de los elementos que poco se analizan de las franquicias es su impacto en las costumbres, los hábitos y la manera de vida en que incurre una sociedad.

La franquicia es una forma de producción, de distribución y de consumo, pero también es parte de una cultura de una manera de ser que tiende a homogeneizarse a nivel local, nacional e internacional.

Mientras que en el pasado podíamos encontrar una gran diversidad de establecimientos que respondían a las condiciones específicas de cada población, en el presente éstos tienden a mantener un concepto muy semejante a lo que venden y la forma en que lo realizan. En gran parte, el fenómeno de las franquicias acentúa esta realidad.

En el caso de la alimentación, para poner un ejemplo, en el pasado, los restaurantes y pequeños locales orientados a la preparación y venta de comida respondían a una

particular manera de producir y consumir, con olores, sabores y presentaciones distintos.

En cambio, en el presente, las franquicias tienden a homogeneizar este tipo de elementos. Para tan sólo señalar un ejemplo, si uno va a un Mac Donald's ubicado en Periférico, a la altura de Las Lomas, encuentra los mismos alimentos y bebidas que se consiguen en el Mac Donald's que se encuentra en Periférico Sur, a la altura del Pedregal de San Angel.

Este concepto, idéntico en dos locales en la ciudad de México, vá mucho más allá del amplio territorio de esta gran ciudad. Si en lugar de consumir las hamburguesas y las papas fritas en los sitios señalados se viaja a Guadalajara o a Monterrey se encuentra el mismo fenómeno. Incluso si ampliamos el espacio al contexto internacional, el concepto se repite. Esto es, en países como Estados Unidos, Francia o Japón reproducen el mismo esquema de las hamburguesas.

Dos de las características fundamentales de las franquicias es que tienden a igualar los consumos desiguales y traspasan las fronteras políticas y culturales para volverse conceptos de consumo universales.

En cierto sentido, esta realidad de las franquicias tiende a desplazar las formas de consumo locales, regionales o nacionales, en un proceso que es irreversible, ya que éste se presenta tanto en China como en Estados Unidos o España.

Sin embargo, podemos señalar, como complemento y en equilibrio a lo antes dicho, que junto con esa generalización del concepto de un producto o servicio,

se presenta al mismo tiempo la permanencia de los bienes y servicios regionales que tienen éxito. Es decir, para seguir en el tema de la alimentación, Guadalajara no perderá sus diversas formas de alimentos típicos, tales como el pozole, y Monterrey tampoco perderá su machaca o carne seca.

Los propios conceptos que a nivel local o regional tienen éxito y que, por lo tanto, se mantienen en la preferencia de los consumidores, tienden a trascender y multiplicarse a otros lugares, fenómeno que se lleva a cabo cada vez con mayor fuerza a través de las franquicias.

En otras palabras, la franquicia no es un concepto que conlleva tan sólo el trasplante de formas de producir y consumir de otras regiones a la nuestra, sino que también va en sentido inverso; es decir, multiplica formas de producir y de consumir de pequeñas regiones y de países como el nuestro al resto del mundo.

En un primer momento, el esquema funciona fundamentalmente con la importación de las franquicias de las naciones más avanzadas. En estas condiciones en nuestro multicitado ejemplo de alimentos, podemos encontrar las cadenas de pizzas o de hamburguesas por todo el mundo.

Sin embargo, en un segundo momento, los conceptos locales tienden a desarrollarse con fuerza en materia de franquicias y crecen más rápido en relación con los del extranjero en el propio país y, casi siempre en un momento después, traspasan fronteras para convertirse en modelos universales.

Así podemos encontrar franquicias de alimentos y otros productos mexicanos en el mercado nacional y poco a poco en el extranjero.

La globalización de los consumos, la generación de bienes y servicios homogéneos para todo tipo de sociedades es un fenómeno que tiende a ganar fuerza en el mundo. Tres son los elementos que estimulan este proceso.

El primero, las comunicaciones escritas, auditivas y visuales que se desarrollan con una gran rapidez con tecnologías de punta, como es el uso de satélites. Por ejemplo, un anuncio de una hamburguesa o una pizza se puede ver tanto en la televisión de Europa del este como de Asia o América.

El segundo es la facilidad de las comunicaciones. Las personas y los productos cada vez llegan con mayor rapidez a los puntos más distantes que usted se imagine.

El tercero, la propia globalización de la economía y de los capitales, para los cuales ya no hay fronteras nacionales.

En la práctica el concepto de que " el mundo tiende a convertirse en una pequeña aldea" es una realidad. En este marco las maneras de producir, distribuir tienden a homogeneizarse y a convivir con los regionalismos y las manifestaciones de cultura propias de cada pueblo.

En esta realidad globalizadora se presenta una lucha creciente entre los diversos tipos de franquicias para atraer capitales a su negocio.

La evolución de este servicio en México ha sido rápida, mucho más que en otros países de nuestro nivel de desarrollo, esto se debe fundamentalmente al cambio de pasar de ser una nación proteccionista a una de economía abierta, en un periodo que no va más allá de ocho años.

Otro elemento que influye en forma determinante es nuestra cercanía al mercado estadounidense y a los valores y al consumo de esas potencias, los cuales representan para el mexicano promedio una realidad dual; por un lado sirven de referencia y ejemplo y por otro lado se presentan frenos culturales e ideológicos por ser México y Estados Unidos dos sociedades con historias distintas.

CONCLUSIONES

I. El concepto económico de la franquicia en su sentido más simple "es un sistema de comercialización y distribución donde a un pequeño empresario (el franquiciatario) se le concede a cambio de una contraprestación el derecho a comercializar bienes y servicios de otro (el franquiciante) de acuerdo a ciertas condiciones y practicas establecidas del franquiciante y con su asistencia".

II. Dentro de las características de la franquicia destacan tres elementos que son basicos para que se presente este fenómeno y éstas son: la marca, la uniformidad, del producto o servicio y por último el pago del franquiciatario al franquiciante.

III. En relación a las clases de franquicia hay dos clases o subcategorías de éste sistema, cada una con sus propias características y áreas de negocio donde se desarrollan, estas son: la Franquicia de Producto y Marca que también se le conoce con el nombre de Franquicia de Distribución (Product and Trade Mark Franchising) y la Franquicia para Crear y Explotar una Negociación que también se le conoce como Franquicia Industrial o de Producción (Business Format Franchising).

IV. Con relación a las normas que directa o indirectamente han regulado el contrato de franquicia en el Derecho Mexicano, por lo que respecta a la transferencia de tecnología, se puede hablar de los siguientes momentos:

a) Antes de la promulgación de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, los contratos de franquicia no tenían una regulación referida a ellos expresamente.

b) De la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, al reglamento de esta misma ley obligaba a los contratos a inscribirse en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología para su validez.

c) La promulgación del nuevo Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, significo el reconocimiento y definición del contrato de franquicia en el Derecho Mexicano y la liberación de limitaciones contractuales.

d) Con la promulgación de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial se abrogó a la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas y su Reglamento, esto significó una libertad contractual en lo que respecta a la transferencia de tecnología.

V. Por lo que concierne a la Legislación Mexicana han aparecido importantes disposiciones en materia económica que van a influir en el desarrollo de las franquicias y en la celebración de sus contratos.

VI. Es importante señalar el concepto y las características del contrato de franquicia que están reguladas por el artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial que a la letra dice: "Habrá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue".

VII. Por lo que respecta a la clasificación del contrato de franquicia resulta ser: a) mercantil, b) bilateral, c) oneroso, d) de colaboración, e) intuitu personae, f) formal, g) de largo plazo o de tracto sucesivo, h) de adhesión y i) atípico.

VIII. Es importante señalar en relación a los elementos formales del contrato de franquicia que el artículo 136 de la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial dispone que el titular de una marca registrada podrá conceder mediante convenios, licencia de uso a una o más personas, por lo tanto este contrato deberá inscribirse en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para que produzca efectos en perjuicio de terceros y el medio para inscribirlo será que se otorgue por escrito.

IX. Un punto de gran interés es hablar a cerca de la naturaleza jurídica contractual, la mención de esta figura en la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial no convierten al contrato de franquicia en una figura típica en el Derecho Mexicano, pues no disciplinan al contrato en su relación de Derecho Privado entre las partes, ni contienen normas supletorias de la voluntad de las partes o regulan los efectos que este negocio jurídico produce. La reglamentación contenida en las citadas disposiciones son de Derecho Administrativo y Registral, pues sólo contempla la relación entre las partes contractuales con la Administración Pública Federal, titular del registro de contratos de licencia de marcas.

X. Con respecto a la cultura ésta comprende todo lo que se aprende socialmente y es compartido por una sociedad humana. La cultura material está compuesta por los artefactos que la gente hace y la cultura no material comprende las pautas de comportamiento, las normas, los valores y las relaciones sociales de un grupo humano.

XI. Las costumbres son los usos de una sociedad, las tradiciones son las ideas de lo bueno y lo malo que están ligadas a algún tipo de comportamiento, pueden ser santificadas por la religión y fortalecidas mediante su transformación en leyes, los valores son ideas a cerca de si las experiencias son importantes o no.

XII. Los nuevos rasgos culturales aparecen gracias al descubrimiento y al invento o a la difusión a partir de otras sociedades. La tasa del cambio social varía enormemente de sociedad a sociedad y de tiempo a tiempo.

XIII. Las innovaciones compatibles son aceptadas más fácilmente que las que chocan con características importantes de la cultura existente.

XIV. Los descubrimientos e inventos, lo mismo que los nuevos complejos y rasgos culturales difundidos, desatan con frecuencia una reacción en cadena de cambios que perturban muchos aspectos de la cultura.

XV. Es importante señalar la relación de la cultura de un país con una historia distinta a la del país en donde se origina este sistema de mercado, como consecuencia en la franquicia se presentan características fundamentales que tienden a igualar los consumos desiguales y a traspasar las fronteras políticas y culturales para volverse conceptos de consumo universal.

XVI. Por último señalo que el concepto de la franquicia conlleva al trasplante de formas de producir y consumir de otras regiones a la nuestra y además va en sentido inverso; es decir, multiplica las formas de producir y de consumir de pequeñas regiones y de países como el nuestro al resto del mundo.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.-Agromonte Roberto, D, Principios de Sociología, 1a.Edición, Editorial Porrúa, S.A., México.1965.
- 2.-Arce Gargollo, Javier, El contrato de Franquicia, 3a.Edición, Editorial Themis, México, 1994.
- 3.-Azuara Pérez, Leandro, Sociología, 9a.Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.
- 4.-Bagú, Sergio, Tiempo, realidad social y conocimiento, 13a.Edición, Editorial Siglo veintiuno XXI, México, 1989.
- 5.-Barrera Graff, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, 1a.Edición, Editorial Porrúa, México 1989.
- 6.-Cardelús I. Gassiot, Luis, El contrato de franchising, Editorial PPU, Barcelona, España 1988.
- 7.-Casa, Francisco, Casabó, Manuel, La Franquicia, 3a.Edición, Editorial Gestió 2.000, S.A., España, 1993.
- 8.-Código de Comercio y Leyes complementarias, 55a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.
- 9.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 16a.Edición, Ediciones Delma S.A. de C.V., 1993.
- 10.-Consultorio Fiscal, Editorial Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.
- 11.-Código Civil para el Distrito Federal, 61a.Edición, Editorial, Porrúa, S.A., México, 1992.
- 12.-Comercio, Editorial Camara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, México, 1994.
- 13.-De pina, Rafael, Diccionario de Derecho, 3a.Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1973.
- 14.-Díaz Bravo, Arturo, Contratos Mercantiles, 2a.Edición, Editorial Harla, México, 1983.
- 15.-Entrepreneur, Editorial Impresiones Aéreas, S.A. de C.V., México, 1994.
- 16.-Fisco Agenda 94, 5a.Edición, Ediciones Fiscales ISEF, S.A.,México, 1994.
- 17.-Folsom, Ralph H., Wallace Gordon M., Spanogle J., Negocios Internacionales, 4a.Eidición, Editorial Publishing Co., EEUU, 1992.
- 18.-Gonzales Calvillo, Enrique y Rodrigo, Franquicias: la revolución de los 90, McGraw Hill, México 1991.
- 19.-Globalización de las Franquicias, Septiembre de 1994, Revista Freedom, EEUU, 1994.
- 20.-Guyenot, Jean, Que es el franchising?, concesiones comerciales, traducción de S. Julio Rotman y Santiago Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires, Argentina, 1977.
- 21.-Horton, Paul B., Hunt Chester L., Sociología, 6a. Edición, Editorial Mc Graw Hill, EEUU, 1992.
- 22.-Jalife Daher, Mauricio, Propiedad Intelectual, 1a. Edición, Editorial Sista S.A. de C.V., México, 1994.
- 23.-Kaufmann, David J., "Franchising: estrategia de negocios y comportamiento legal", Nueva York, Nueva York 1988.
- 24.-Love, John, Mac Donald's, Editorial Norma, Colombia 1986.

- 25.-Mendieta y Nuñez, Teoría de los agrupamientos sociales, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.
- 26.-Mottez, Bernard, La Sociología Industrial, 1a. Edición, Oikos-Tau Ediciones, Barcelona, España, 1972.
- 27.-Mundo Ejecutivo, Editorial Grupo Internacional S.A. de C.V., México, 1993.
- 28.-Palomar de, Miguel Juan, Diccionario para juristas, 1a. Edición, Editorial Mayo, México, 1981.
- 29.-Sánchez Medal, Ramon, De los Contratos Civiles, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1976.
- 30.-Steven H. Gifis, Diccionario de Derecho, 3a. Edición, Editorial Barron's, EEUU, 1994.
- 31.-Raab S, Steven, Matusky, Gregory, Franquicias, 2a. Edición, Editorial Limusa, México,
- 32.-Recasens Siches, Luis, Sociología, 1a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.
- 33.-Timasheff, Nicholas S, La teoría Sociológica, 1a. Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.